B 5
1
403
BIBLIOTECA NAZIONALE
CENTRALE - FIRENZE

R. BIBLIOTECA NAZIONALE CENTRALE
FIRENZE

LIBRI

DONATI DAL

DOTTOR ANNIBALE GIULIONI

GIURISTA

Nato a Firenze il 7 Febbraio 1807
e morto il 1º Dicembre 1895 in Firenze.

16 Maggio 1896

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

CAROLI FRIDERICI WALCHII

SER. DVCIS SAXO-VINAR. ET ISENAC. A CONSIL. IVSTIT.
SANCTIORIBVS AC IVRISCONSVLTORVM ORDINIS
IN ACADEMIA IENENSI SENIORIS

INTRODVCTIO
IN
CONTROVERSIAS
IVRIS CIVILIS

RECENTIORES INTER IVRISCONSVLTOS
AGITATAS.

EDITIO TERTIA PRIORIBVS LONGE AVCTIOR AC EMENDATIOR.

IENAE
IN LIBRARIA CROEKERIA
ɔIɔIɔCCLXXXXI.

Digitized by Google

B. 5. 1. 408

Digitized by Google

LECTORI BENEVOLO

S.

PRODIT iterum introductio mea in controuerſias iuris ciuilis, quae inter iuriſconſultos ſunt agitatae, haecque noua editio a prioribus ſeſe ita diſtinguit, vt nouo plane habitu adpareat. Quum ab eo abhinc tempore, quo ſecunda eius editio in manibus litteratorum exſtitit, plura iuris ciuilis capita in diſceptationem venerunt, iſta merito quoque tetigi; praeterea autem eae controuerſiae attentionem meam excitarunt, quae quidem iam antiquioribus temporibus obtinuerunt; a me tamen breuitatis cauſſa ibi ſunt praeteritae; neque minus iam ſunt expoſitae, quatenus leges, quas mihi in elaborando hoc libello praeſcripſi, id permitterent. Earum ſunt haud paucae atque id quoque potiſſimum eſt ratio, cur tot theſes iam acceſſerint voluminisque magnitudo creuerit. Quum hoc modo opus illud perfectius reddidi, ita, vt non facile iam poſitio quaedam iuris ciuilis, in qua iuriſperiti haud conueniant, proferri queat, quae ſit ſilentio praetermiſſa: deſiderio quoque plurium ſatisfeci ac ſimul praecipua argumenta ad-

Digitized by Google

uerſariorum indicaui. In prioribus editionibus eos tantum ſcriptores allegaui, qui ſententiae meae repugnarunt atque in argumentis adquieui, quibus ſententia corroboranda eſt, quam ego adoptaui; ſed noua ab iis eo nomine differt, quod ingenue quoque rationes addidi, quae alios commouerunt, a ſententia noſtra diſcedere. Si ii, qui diſſentiunt, in claris legum verbis id, quod opinantur, latere putant: ſaepius eas ſolum nominaui; plerumque tamen ipſorum quoque concluſiones adieci, quibus iidem ad fulciendas ſuas vtuntur opiniones, atque ſolum, vt modum quemdam labori meo ſtatuerem, ſuperſedi refutatione horum argumentorum et potius, propoſitis vtriusque partis rationibus, cuiuslibet lectoris arbitrio, vtrum meae; an potius diſſentientium ſententiae adhaerere velit, reliqui. Quasdam quoque notas adieci ac ſi potiſſimum deciſio eiusmodi controuerſiae a genuina legis lectione dependet, illam curatius eruere ſtudui hocque modo, aliud quaſi agendo, plures controuerſias criticas illuſtraui. Mihi quidem haud ignotum eſt, magnam eſſe discrepantiam inter illas easue, quibus potiſſimum diſtentos eſſe conſtat iurisconſultos practicos; neque infitior, innumeras eſſe criticorum controuerſias, e quibus nulla redundat vtilitas eam in iuris ciuilis prudentiam, quae noſtris in foris valet ibique adplicari ſolet; longe tamen ille falleretur, qui illud de omnibus eiusmodi litibus id perſuaſum haberet. Sunt multae controuerſiae, quae reuera decidi nequeunt; niſi ſcia-

Digitized by Google

ſciamus, quaenam lectio legis alteri ſit praeferenda, eamdemque ob cauſſam nihil magis eſt dolendum; quam quod plerisque eorum, qui in decidendis iis tempus ſuum conſumſerint, nulla ſit familiaritas cum iuris prudentia humaniore atque eius illa parte, quae nobis monſtrat modum, lectionem genuinam legum indagandi eamque reſtituendi. Ii ſcriptores nunquam recedunt a verbis illis, quae in editione corporis iuris, quam poſſident, leguntur, ac praeſtantiam codicis Florentini prorſus ignorant; multo minus autem, quando quoque eius lectiones negligendae ſint, ſciunt ac, ſi grauiſſima aduerſariorum argumenta, ex legibus ducta, ſatis commode diluere poſſent, ſi earum lectionem in dubium vocarenſ et eam, quae eſt genuina, reſtituerent, in locum illius *contorta*, vt CICERONIS verbis vtar, *atque aculeata* praeferunt *ſophismata* et, ſi e contrario ſententiam, quam adoptant, lege quadam optime confirmare poſſent, vbi ſit rite emendata ac lectio eius vulgaris emendata, argumento, ex ea ducendo, haud vtuntur. Haec eſt vera cauſſa, cur quoque nonnumquam de lectione huius; vel illius legis, ſi eius per reſtitutionem controuerſia quaedam decidi poteſt, ſollicitus fuerim eoque minus credo iniucundum lectoribus fore laborem, a me ſuſceptum, quum per id mihi quoque ſuppeditata eſt occaſio, nonnullas lites criticas diiudicandi. Tandem quibusdam in locis ſententiam meam mutaui. Quum eam, quam de quaeſtione, num e codice Florentino omnia, quot exſtant, pandectarum exempla dimanauerint, in

prioribus editionibus adoptaui, iam ante aliquot annos ac potiſſimum in editione hermeneuticae Eckhardianae, a me procuratae, deſererem hancque quaeſtionem omnino illam adfirmandam cenſerem: illud quoque iam ſtatui. Non amplius eum, qui promulgationem legis factam eſſe adſerit, a probatione huius aſſerti liberum eſſe puto; ſed potius iam exiſtimo, eam, qui id aſſerit, idem probare debere. Simili ratione inter teſtamentum principi oblatum atque illud, quod iudici exhibetur, ita diſtinguo, vt quidem adhuc ſtatuam, iudici eiusmodi teſtamentum per procuratorem haud poſſe iudici tradi; illum autem admittam, vbi principi ſit offerendum. Quum in antecedente editione eorum in ſententiam discederem, qui docent, vxorem pro marito fideiuſſiſſe cenſeri, licet vna cum marito principaliter ſeſe obliget ad ſoluendum debitum: iam in praeſenti ſtatuo, vxorem teneri dimidiam debiti partem ſoluere, ſi cum marito principaliter ſeſe obligat ad illud ſoluendum; neque probari poteſt, eam ſaltem pro marito fideiuſſiſſe. Haud amplius cum iis facio, qui putant, totam perire emphyteuſin, ſi vnus heredum portionem canonis non ſoluit; ſed potius doceo, expelli non poſſe emphyteutam, ſi pars canonis eſt ſoluta atque ex eo concludo, vnum heredem ſolutionis ratae illius portionis, quam ſua ex parte praeſtare debeat, reliquorum coheredum moram purgare, quamdiu nondum emphyteuſis eſt diuiſa. Reliquas mutationes, quas tam in ipſis theſibus; quam in argumentis

qui-

quibusdam ſuſcepi, iam tacitus praetereo; verumtamen addo, non minus multa vitia, in allegatis legibus commiſſa, eſſe ſublata ac duobus indicibus, qui iam antecedenti editioni erant adiecti, tertium acceſſiſſe, quo ſingulae leges iuris ciuilis, quae vel a me ſunt adlegatae; vel illuſtratae, nominantur. Haec ſunt quae hac in editione praeſtiti; ego vero in certiſſimam ſpem venio, ea haud ingrata fore lectoribus meis eorumque beneuolentiae me commendo. Ienae, d. XVI. mai. anno reparatae ſalutis CIↃIↃCCLXXXXI.

PRAEFATIO PRIMAE EDITIONI PRAEMISSA.

Ex quo tempore patriae huic academiae commodis pro virium ratione inſeruire hancque in rem in publicum prodire coepi, ſemper iuuenes, qui diſciplinis ſeſe conſecrarunt ac cupiditate, ad perfectam illarum perueniendi cognitionem flagrarunt, in diſputandi exercere ſtudui arte; neque vnquam interrumpi paſſus ſum inſtitutum illud; niſi per annum, quo litterarium per Germaniam, Belgium, Galliam ac Heluetiam feci iter. Eo acriori ſtudio, quantum mihi grauiora negotia tribuerunt otii, ad diſputandum contuli; quo maiorem ad illos, qui hisce in certaminibus virium ſuarum fecerunt periculum, redundare vidi vtilitatem. Qui considerat paullo curatius, quaenam sit iurisprudentiae noſtrae ratio ac natura: quanta in varietate ac diſsenſione conſtituti fuerint ab omni aetate peritiſsimi homines, qui de ista diſciplina diſputarent quotue quaestionibus, perdifficilibus ac perobſcuris, implicata illa sit ac obruta: is, arroganter a me id dictum eſse, haud arbitrabitur. Neque ei mirum erit, vbi addam, nunquam defuiſse, qui me diſputantem

tem adirent; sed me gloriari posse auditoribus, qui vel generis splendore; vel munerum, quae iam gerunt, dignitate ac grauitate eminent ac temporis illius recordatione delectantur, quo certaminibus meis priuatis comparuerunt disputantisque partibus functi sunt *).

Inter iurisprudentiae partes, quibus in Germania operam nauare solent iuuenes in academiis, sine dubio iurisprudentia ciuilis disputandi argumentis inprimis abundat. Non est negandum, rationem huius rei ex parte ipsis in legibus librisue iurisconsultorum veterum esse quaerendam, ex quibus compilatum esse constat iuris, quo vtimur, corpus, quum ex nimio sectarum studio, quo illi adfecti fuerunt, innumerae orirentur disensiones: illae contra voluntatem imperatoris Iustiniani in digesta irreperent hicque eamdem ob caussam constitutionibus, satis notis, lites has decidere cogeretur; nihilo tamen minus disidia haec vel minimum admodum auxerunt iuris, quos media tulit aetas, interpretes, in quibus sem-

*) Publice nonnunquam indicati sunt memorati hi labores et factum id est a me *comm. de testamento prodigi, iure Germanico inualido*, CIↃIↃCCLIIII. comm. qua *controuersia de vsufructu nominis inter veteres iurisconsultos agita* exponitur, CIↃIↃCCLVIIII. disquis. *de nobilium testimonio iniurato*, CIↃIↃCCLVIIII. ac *disquisitione prima de genuino fonte distinctionis inter factum animatum et inanimatum in nemesi carolina art.* CXXXI. *adhibita*, Ienae CIↃIↃCCLXVIII.

per existerent, qui multa contra verba legum proferrent earumque vim ac potestatem, sententiasque suas sola, qua fruerentur, auctoritate fulcirent hancque ob rem multos nanciscerentur aduersarios. Haec quum ita sese habeant ac nemo profecto in primis feliciter progredi possit in haurienda iurisprudentia ciuili; nisi controuersias in illa agitatas sciat, argumenta, quae quaelibet eorum pars ad probandam suam sententiam excogitauit, cognoscat eorumque vim certo ponderet iudicio: disputationes illas solum de iuris ciuilis institui controuersiis atque positiones, de quibus disceptandum esset, ipse formaui. Vt eo magis conuinceretur de veritate sententiae, a me adoptatae, respondens, et vt eo promptior ab illo eius exspectari posset defensio; neque minus illius commilitones haud difficulter discerent, quaenam tela contra istam sint adhibenda, ante decem annorum spatium addere coepi positionibus argumenta, quibus niterentur, ac nomina scriptorum, qui aduersariorum duces sunt atque antesignani, easque typis describendas curaui. Perpetuum dein in vsum collegii destinatae atque in vnum corpus sunt collectae, ea ratione, vt sub inscriptione *iuris selectiorum controuersiarum sylloge in collegii disputatorii vsum conscriptae*, diuulgarentur atque earum pars prior ann. CIↃIↃCCLXI. altera autem ann. CIↃIↃCCLXVI. in publicam prodiret lucem et vtraque ab eruditorum coetu benigne ac perhumaniter susciperetur.

Ex

Ex hac vtraque ſylloge ortam eſse introductionem in controuersias, quam iam tibi exhibeo, non negare poſsum; ita tamen, quae illae continuerunt, ſunt mutata, vt, quamuis ſolum modo ob defectum exemplorum illarum libellum, quem tibi nunc offero, edam; hic tamen iure sibi vindicare videatur inſcriptionem, quam ipsi dedi, atque illi iniuriam facerem, si eum nouam ſaltem editionem ſyllogeś eſse contenderem. Conueniunt quidem duo hi libelli in eo, quod ſaltem theſes complectantur, quae ſunt controuerſae; multum tamen nihilominus inter ſe diſcrepant, quum tertia fere pars harum positionum, quas iam iuuenies ista in introductione, desideratur in ſylloge omnesue illae theses, de quibus inter iurisconſultos controuersia est orta, quasue ibi haud tetigi, ſunt adiectae: ſcriptores, qui meam tuentur opinionem, etiam nominaui: inprimis historiam controuersiarum recentiorum enarraui et quod maximum est, omnia praecepta, quae promiſcue et, prout defenſae fuerint, in ſylloge traderentur, in ordinem redegi indicemque locupletiſsimum adiiciendum curaui.

Si ipſa diſputandi argumenta, quae hoc in libello exhibentur, paullo curatius peruolutare vis, ea capita exposita ſaltim iuris ciuilis deprehendes, de quibus inter recentiores iurisconſultos disceptatum fuit. Ante omnia monere me oportet, me *iuris ciuilis* ſub nomine illud ius Romanum, quod ad fora nostra adplicatur, intelligere ideoque illud neque ad alia

alia iura priuata; neque ea, ad iuris ciuilis praecepta, quae vel ante Iustinianum ſaltim obtinuerunt; vel nunquam vſu firmata ſunt forensi, haud extendere. Quum hanc iuris ciuilis notionem formarem, vt inprimis qualiscunque hic labor meus vſui poſsit eſse iis, qui ſcientiam, ad futura ipſorum negotia forensia neceſsariam, sibi adquirere adquisitamque voſunt amplificare: non potuit fieri; quin abstinerem ab controuersiis de iure canonico, feudali, Germanico natis ac simul silentio praeterirem omnes fere illas lites, quae inter iurisconſultos criticos de lectione huius; vel illius loci iuris ciuilis emendanda aut retinenda ſunt agitatae. Neque minus illae ſunt memoratu dignae atque ei, qui iurisconſulti humanioris nomine ab aliis distinguere ſe vult, omnino ſcitu neceſsariae. Libens hoc largior; neque ſuperuacanei operis arguo illum, qui eas singulari aliquando exponere vellet libello; nihilo tamen minus ex eiusmodi diſsidiis ad eos, qui forensibus negotiis multum lucri facere studeant, parum redundare vtilitatis, non minus est certum, quumque libellum hunc eorum gratia potiſsimum, qui ad ista negotia ſunt parandi, conſcriberem: ſolum illas controuersias criticas tangere potui, de quibus etiam ſollicitum eſse oportet iurisconſultum practicum. Eadem ratione quaestiones controuerſas, quae in historia iuris occurrunt, ſedulo distinxi. Quum nonnullae earum ita ſunt comparatae, vt ab istarum decisione veritas huius; vel illius ſententiae, in foro receptae, de-

dependeat, de illis diſserui eamdemque ob cauſsam primas, quae hic inueniuntur, positiones de receptione iuris Romani in Germania atque auctoritate codicis Florentini formaui; reliquas autem commemorare haud potui.

Quemadmodum omnia haec, quae iam tradidi, obſeruatae a me fuerunt, propterea, quod ſola *capita iuris Romani*, *quae in foris valent*, *controuerſa* eſsent, quae me occupatum haberent; ita non minus terminis circumſcriptum me vidi angustis, quum de iis tantum capitibus iuris Romani forensis loqui mihi proponerem, quae controuerſa et quidem ita litigioſa eſsent, vt recentiores iurisconſulti de iis diſceptauerint. Si euoluimus libros iuris controuersi, ab ANDR. FACHINAEO *), GEORG. ADAM. STRVVIO **), HELFR. VLR. HVNNIO ***), IO. HENR. BERGERO ****) ac SAM. DE COCCEII *) doctiſsime conſcriptos: inuenimus innumeras ibi quaestiones, quae celeberrimis his iurisconſultis dubiae quidem viſae ſunt; nunquam autem vere controuerſae exstiterunt. Ne vnicum quidem, vbi ad eiusmodi capita perueniunt, hominem nominare nobis poſsunt, qui eorum ab ſententia vnquam deflectit. Conclusiunculas, quibus ſententia, ab iis adoptata, forſan est impugnanda, anxie fingunt easque refutant; reuera

*) *controuerſiarum iuris libris decem*, Colon. CIↃIↃCXIIII.
**) *euolutionibus controuerſiarum*, Ienae CIↃIↃCLXXXIV.
***) *reſolutionibus iuris ciuilis*, Francof. CIↃIↃCLXX.
****) *reſolutionibus leg. obſtantium*, Vitemb. CIↃIↃCXCIX.
*) *iur. ciuil. controuerſo*, Lipſ. CIↃIↃCCXIII. CIↃIↃCCLIII.

Digitized by Google

reuera tamen iurisprudentiae magis per id nocent; quam vtilitatem adferunt rabulisque occasionem ſuppeditant, proferendi σοφισματα, quae ſunt contorta ac vana. Ac ſi quoque vtilia forſan ſunt, quae hanc in rem tradunt, nullo moto in libello iure locum sibi vindicant, qui ad diſputandum iuuenibus inſeruire debeat eamdemque ob cauſsam omnes illas quaestiones, propterea quod non ſunt controuerſae, silentio praetermisi. Quumque tandem earum ſaltem rationem habere volui, de quibus recentiores iurisconſulti litigarunt: non potuit quidem fieri; quin eas quoque tangerem, quae antiquiore aeque ac recentiore aetate fuerunt controuerſae vel ſaltim medio tempore exstiterunt litigioſae: eas autem controuersias, quas antiquiores iurisconſulti, qui ante Iustinianum floruerunt ac in his potiſsimum, celeberrimae illae iurisconſultorum, Capitonis ac Labeonis ſectae disceptarunt, vbi ſedatae ſunt ab erciſcundis: a Iustiniano; siue potius eius administro, Triboniano; aut ab alio; neque a recentioribus ſuscitatae, miſsas feci.

Etsi per id accidit, vt multas quaestiones, quas alii ſcriptores iuris controuersi tradunt, hoc in libello frustra quaeras; tanto maiore tamen cura operam dedi, vt omnia illa capita iuris ciuilis colligerem, de quibus recentiores iurisperiti litigarunt ac praeſertim ea quoque indicarem, quae ab auctoribus modo memoratis silentio ſunt praetermiſsa vel ideo tangi haud potuerunt, quod ipſorum aetate nondum nata

nata de iis fuerit controuersia. Ea ratione omnia haec capita ita tradidi, vt meam de iis proponam ſententiam atque huic argumenta, ex quibus illa concluditur, breuiter ac via compendiaria, adiiciam. Elegi diuersis ex opinionibus ſemper eam, quae verisimilitudine reliquas antecellere mihi viſa est. Dimenſus ſum illam minime auctoritate, quam haec; vel illa opinio nacta est; ſed argumentorum, quibus quaelibet earum nitatur, pondere ac grauitate. Euenit itaque, vt a ſententia, quae in foro obtinuerit nonnunquam diſceſserim, quamuis illam, quantum potui, retinere studuerim. Auctoritas CARPZOVII, GAILII, BERLICHII aliorumque, qua aduerſarii gloriantur, deterrere me haud potuit a ſententia, quae mihi placuit; vbi autem eas quaestiones in medium protuli, in quibus decidendis ii ipsi, qui forensibus destinentur negotiis, tanta in varietate ſunt conſtituti, vt eorum ſententias molestum sit numerare, nominis illorum auctoritas vsque eo apud me haud valuit, vt ad vnius ſententiam existerem procliuior; quam alterius. Modo illius; modo huius in partes diſceſsi: immo nonnunquam, si nulla earum mihi adrideret, nouam protuli. Siue communem; siue aliam opinionem tradant positiones, eis ſemper argumenta, vti iam monui, quibus nitatur, ſunt ſubiecta. In iis exponendis longius; quam breuitatis fines, mihi constituti, paterentur, haud progreſsus ſum; neque omnia, quae coaceruata ſunt ab aliis, sine distinctione protuli; ſed ex iis illa tantum commemoraui, quae prae-

praecipue ſententiam meam fulcirent atque ab iis abstinui, quae contrariam ſententiam quidem corroborant; nostram autem haud confirmant. Quibus argumentis probare studui ſententiam, ea mox ex ipsis legibus; mox iuris petii analogia; iis tamen minime adieci rationes, quibus aduerſarii et ad euertendam noſtram ſententiam et ad ſuam confirmandam vtuntur. Libellum eorum potiſsimum cauſsa conſcripsi, qui in academiis iurisprudentiae operam nauant et in diſputandi arte ſese exercere volunt. Campus illis haud aperiretur, in quo virtus ipſorum cognoſci atque excurrere poſset, siue diſsentientis; siue defendentis fungantur partibus, si tela, in ipſos iniicienda; antequam in arenam diſcederent ſcirent ac horum aduerſariis ea in manus darentur. Haec est cauſsa, cur conſulto haec argumenta praetermitterem; nihilo tamen minus vtriusque ſententiae fautores ac libros, in quibus quaelibet earum est copiosius exposita, nominaui. Subuenire per id inprimis studui iis, qui argumenta, ſententiae nostrae contraria, quaerunt ideoque totum hunc libellum ita formaui, vt inprimis eorum, qui de iure diſputando ingenia priuatis in certaminibus exercent, commodis inſeruire poſsit; neque vero minus aliis vtilis eſse queat ac simul eorum, qui historia iuris litteraria, diſciplina admodum neceſsaria, delectantur, desideriis nonnunquam ſatisfaciat.

Restat, vt de ordine, quem hoc in libello adhibui, quaedam addam. Inter ſcriptores iuris

Digitized by Google

ris controuersi sunt, qui sine vllo ordine eius capitá tradunt: sunt, qui quemdam seruant. Hi vel cum HVNNIO institutionum; vel cum STRVVIO, ECKIO, BERGERO, COCCEIO ac aliis digestorum sequuntur ordinem. Quum neuter omnibus numeris, vti satis constat, est absolutus, vtroque superfedi; sed ea ratione rem tractaui, vt praemissis prolegomenis de iure ciuili eiusque libris in genere legibus ac earum speciebus, ipsam commentationem in quatuor diuiderem sectiones. Quum in prima iura ex statu hominum tam naturali, quam ciuili, quae sunt controuersa, recensui, in duabus sequentibus in realia aeque ac personalia iura litigiosa inquisiui, adeo, vt de dominio, seruitute, hereditatibus, iure pignoris, pactis pariter ac contractibus; nec non factis obligatoriis illicitis disputarem. Tandem sectione quarta controuersa capita iuris ciuilis de actionibus deque modis procedendi et inprimis de creditorum concursu exponere studui.

Quum primam partem sylloges in lucem emitterem, neminem fore arbitrabar, qui oleum me operamque perdidisse meque Iliada post Homerum cecinisse diceret, quum laborem susceperim, quo celeberrimos iurisprudentum, de quibus Germania ac Belgium gloriari possit, perfunctos esse constaret. Ominabar mihi illud potissimum ex eo, quod non facile inter omnes memoratorum virorum libros inueniatur, qui disputantium commodis inseruire possit, siue huius rationem in eorum magnitudine;

siue in breuitate; siue in positionum controuerſarum, quem habent delectum; siue in ipſo eas tractandi modo sit ponenda, eamdemque ob rem ab omnibus iis libellus meus plurimum distaret: neque ſpem, quam conciperem, me fefelliſse, euidenter demonstrat humanitas eruditorum, qua vtraque ſylloge est ſuscepta. Eamdem multo maiori iure huic introductioni auguror; ego vero laetabor, vbi laborem iurisprudentiae ciuili vtilem me ſuscepiſse, perſpiciam ac si votorum meorum compos factus fuero, ad exponendas controuersias inter antiquiores iurisconſultos agitatas, otium, quod mihi dabitur, forſan conferam. Ienae d. xv. april. ann. rep. ſalut. cIↃIↃccLXXI.

CON-

Digitized by Google

INTRODVCTIO

IN

CONTROVERSIAS

IVRIS CIVILIS

RECENTIORES INTER IVRISCONSVLTOS

AGITATAS.

Digitized by Google

Digitized by Google

PROLEGOMENA.

CAPVT PRIMVM

DE

IVRE CIVILI EIVSQVE LIBRIS

IN GENERE.

§. I.

ACRITER quidem disceptatum esse constat inter iurisconsultos de auctoritate iuris ciuilis; certum tamen est atque expeditum, ius Romanum in Germania quidem esse receptum; ibi tamen tamquam ius scriptum valere.

Duobus membris propositio haec constat. Quod ad priorem attinet, extra omne dubium est positum, ius, si non sit originarium, esse debere receptitium, vbi id valeat. Originarium prius esse non potest in prouincia; quam si eius incolae vel ipsis conditoribus iuris; vel ratione legum iis, qui illis successerunt, sunt subiecti. Germani neque imperatoribus Romanis, qui leges Romanas condiderunt, paruerunt; neque subiecti sunt eorum successoribus, qua talibus, idque potissimum ra-

tione legum, ab iis ferendarum. Quidnam vero quaeſo aliud inde eſt colligendum; quam quod ius Romanum non ſit ius in Germania originarium; ſed potius receptum? Eadem ratione recte ſeſe habet poſterius membrum noſtrae propoſitionis. Quodcunque ius ex expreſſa imperantis valet voluntate, illud ſine dubio eſt ius ſcriptum. Declarauit imperator cum imperio, vbi iudicium inſtitueretur camerale, ſe velle, vt iuri Romano morem gerant Germani, hocque legibus recentioribus repetiit, vti doctiſſime potiſſimum expoſuit Io. Sal. Brvnqvellivs, *hiſtor. iur. part.* III. *membr.* II. *cap.* 10. p. 398. ſeq. Quae quamuis ita ſeſe habeant; vtroque tamen de argumento ſatis acriter diſputarunt iurisconſulti. Priorem propoſitionem ea potiſſimum ex ratione, quod imperatores Romani ad gubernacula imperii Germanici ſedeant, negant Theod. Reinkingk *de regimine ſeculari et eccleſiaſtico, libr.* 1. *tit.* 2. Io. Limnaevs, *libr.* II. *iuris publici cap.* 8. §. 4. et Car. Leopold. Erdmann, *diſquiſ. an ius Romanum in Germania receptum eſſe contendi queat,* Gottingae, CIↃIↃCCLXX. poſteriorem autem ideo, quod conſuetudinarii ſolum iuris peritos eſſe voluerit iudices atque adſeſſores cameralis iudicii Carolvs V. *receſſu imp. auguſtano* de anno CIↃIↃXXXXVIII. §. 23. ac iis ſecundum iura recepta iudicare praeceptum fuerit *ordinat. camerali, part.* I. *tit.* XIII. §. 1. Io. Georg. Kvlpisivs, ſub nomine Conrad. Sincri latens, *de Germanicarum legum veterum ac Romani iuris in republica noſtra origine auctoritateque praeſenti,* Lipſiae CIↃIↃCLXXXII. Henr. Ern. Kestnervs, *in tract. de defectibus iuris communis, problem.* 4. Christ. Thomasivs, *not. ad Sincer.* atque Avg. Leyservs, *meditat. ad pandect. ſpec.* V. *cor.* 2. reprobant; iis autem ſeſe oppoſuerunt: Io. Casp. Heidelmannvs, *de recept. iuris Romani, eiusdem ac leg. Germ. in foris vſu auctoritateque,* Gothae CIↃIↃCCXIII. Io. Wolfg. Kipping

PING, *de vſu et praeſtantia iurium in imp. Rom. Germ. introductor.* Ienae CIↃIↃCCXXXVIIII. Io. HARTWIG. REVTERVS, diſſ. *de quaeſtione: an ius Romanum ius poſitiuum ciuile in ſpecie in Germania eſſe poſſit?* Halae CIↃIↃCCLI. Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER, in *den Wetzlariſchen Nebenſtunden, part.* LXXVI. p. 8. V. C. FRANC. IOS. HARTLEBEN, *med. ad pandectas, vol.* I. *part.* I. p. 86. ac Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſeruat. pract. ad Leyſeri meditat. tom.* I. *faſc.* I. p. 41. cum aliis.

§. II.

Quemadmodum quilibet status imperii ius ciuile in totum pariter ac pro parte abrogare potest; ita idem quoque tribuendum est nobilibus imperii immediatis.

Qui habet legislatoriam poteſtatem in prouincia, cui imperat, is quoque habet ius, quod iſta ex poteſtate ſponte ſua ſequitur, leges, quae ibi adhuc valuerunt, abrogandi. Merito itaque illud adfirmare quoque debemus de legibus Romanis, quumque nobilibus immediatis omnia ea iura in ſubditos ſuos competunt, quae arrogare ſibi in eos poteſt quilibet princeps, neceſſe eſt, vt idem nobilibus quoque competat. Quae membro priori propoſui, ea hodie nemo in dubium vocabit; inter antiquiores tamen exſtiterunt, aliud docentes, e quibus praeter BARTOLVM ANDR. GAILIVM *libr.* I. *obſeruat. cap.* XVIII. et ARTHVR. DVCKIVM, *de auctoritate iuris ciuilis, libr.* II. *cap.* 2. §. 18. p. 175. nominare licet. Poſteriori membro aduerſatur Io. HENR. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtantium*, p. 20. quia nobiles imperii inter ordines eius haud locum teneant ipſisque ſuperioritatem territorialem denegat. SAM. DE COCCEII. *iur. controuerſo, tom.* I. p. 5. quaeſtionem quidem

in medium profert; sed eam haud decidit; praeter eum autem videndus est CHRIST. THOMASIVS, diss. *de statuum imperii potestate legislatoria contra ius commune*, quae Halae CIↃIↃCCIII. prodiit et in eius *dissertat. academicis*, *tom.* II. p. 817. denuo lucem adspexit.

§. III.

Quae in codice repetitae praelectionis habentur leges, derogant legibus digestorum sine vlla distinctione.

Legem posteriorem derogare priori, extra omnem dubitationem est positum; leges autem codicis posteriores esse legibus pandectarum, nemo in dubium vocabit, qui perpendit, haud illius temporis, quo ipsae leges sunt conscriptae; sed eius potius aetatis, qua leges confirmatae sunt a legislatore ac postremum robur auctoritate eius consequutae sunt, rationem esse habendam, si quis leges inter se comparare ac, quaenam earum sit antiquior: quaenam iunior? definire velit. Quis enim nescit, codicem repetitae praelectionis publicatum esse d. XI. cal. decembris ann. IↃXXXIIII. Vide *constitut. de confirmat. codicis Iustiniani ad senat. vrbis Constantinopol.* Aliud censent 1) ii, qui codicem repetitae praelectionis hac in re pandectis penitus postponunt, vt GEORG. AD. STRVVIVS, *exercit.* I. §. 26. *tom.* I. p. 60. et GEORG. FRANZKIVS, in *prooem. dig. num.* 17. Qnum id ideo faciunt, quod paucae illae codicis leges, quae post promulgationem digestorum sunt conditae, digestis non repugnent ac reliquae iis sint antiquiores: ab his discedunt 2) ii, qui solum quinquaginta decisiones digestis praeferendas putant cum HELFR. VLRIC. HVNNIO, *de auctorit. et interpret. iuris lib.* I. *cap.* I. *quaest.* I. EDMVND. MERILLIO, *prolegom. ad quinquaginta decisiones part.* II. *opuscul.* p. I. ac denique 3) ii, qui

qui quatuor tantum legibus id tribuant, quod digeſtis praeferantur; contra omnes hos autem pugnant IOACH. HAGEMEYER de *auctoritat. iur. ciuil. et canon. cap.* V. LVD. MENCKE in *gymnaſio polemico*, *diſp.* VII. p. 45. ac Io. SAL. BRVNQVELLIVS, *hiſt. iur. part.* II. *cap.* 9. p. 265. quibus addas: HVB. GIPHANIVM, *tract quaeſtionis: an codex abroget pandectis*, quae in FRANC. GRAT. DE GARZATORIBVS, *libr.* II. *de conciliat. legum*, Francof. CIↃIↃCXVIII. lucem adſpexit.

§. IV.

Si certo constat, deflectere voluiſſe institutionum auctores a digestis, illae his praeferuntur; vbi autem id non est expeditum, digesta praeferuntur institutionibus.

Ex hiſtoria iuris euidens eſt, inſtitutiones ac digeſta vno eodemque tempore robur ſuum accepiſſe; illas tamen eſſe compoſitas, quum in conſcribendis digeſtis per duos annos iam fuerint occupati Tribonianus eiusue adiutores ideoque etiam e digeſtis eſſe ſcriptas Illuſtrare itaque ordinarie ac ſupplere debemus inſtitutiones e digeſtis tanquam ex fonte; regulae tamen merito exceptionem adiicere debemus eō in caſu, quo propoſitum, corrigendi digeſta, clarum eſt atque in oculos cadit. Falluntur itaque, qui cum SAMVEL. DE COCCEII, *iur. controuerſ. tom.* I. p. 8. atque AVG. LEYSERO, *ſpec.* V. *cor.* 3. ideo, quod inſtitutiones digeſtis iuniores eſſe putant, ſine diſtinctione derogari digeſta inſtitutionibus ſtatuunt; neque vero minus errant, qui id cum GE. ADAM. STRVVIO, *euolut. ad digeſta*, p. 14. quoniam digeſta poſt inſtitutiones ſint promulgatae, atque cum iis vno tempore valere inceperint, indiſtincte negant; praeter eos autem huic liti ſeſe immiſcent Io. HANEDORSIVS, *exercit. imperial. ex.* I. *quaeſt.* VIII. BERNH.

SCHOTANVS *diſp. ad inſtit.* 1. *theſ.* 3. PETR. MVLLERVS *ad Struu. ſyntagm. iuris ciuilis, exerc.* 1. *theſ.* 69. *tom.* 1. p. 60. VLRIC. HVBER *praelect. iuris ciuil. ſecund. ordinem inſtitut. prooem.* p. 3. Io. GOTTL. HEINECCIVS *elem. iur. ciuil. prooem.* §. 16. atque alii. Quum inter hos plerique ſententiam adoptarunt, quam amplector, idem faciunt CAR. CHRIST. HOFACKER, *inſtit. iuris Rom. ſect.* 1. §. 37. FRANC. IOS. HARTLEBEN. *medit. in pandect. vol.* 1. *part.* 1. p. 94. et IO. ERN. IVST. MVLLERVS, *obs. pract. ad Leyſeri meditat. tom.* 1. *faſc.* 1. p. 46. merito tamen contra illum monendum eſt, ſententiam, STRVVIO a me adſcriptam, omnino ab ipſo *loc. laudat.* tradi. Conferas quoque, quae *introduct. in lect. inſtitut. cap.* IV. §. 9. HOPPII *comment. in inſtitut.* praemiſſa, p. 51. tradidimus.

§. V.

Nulla vero distinctione opus est, vbi peruenimus ad quaestionem, non minus ſatis notam, num codex deroget institutionibus; nec ne? ſed eam, omni diſcrimine remoto, adfirmare debemus.

Quaecunque lex eſt poſterior, illa derogat priori. Codex repetitae praelectionis, de qua nobis eſt ſermo, eſt lex poſterior ratione inſtitutionum eamdemque ob rem etiam iis praefertur. Litigant hac de quaeſtione iuriſconſulti. Quum GEORG. ADAM. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* 1. *theſ.* 69. noſtrae ſententiae adhaeret: ab ea diſcedunt PETR. MVLLERVS ad *Struv. loc. mem.* et SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſ., praef. quaeſt.* VI. p. 9. et quidem illo, quod inſtitutiones poſt codicem compoſitas eſſe ideoque poſteriorem principis voluntatem continere putat; hic autem, quod L. 9. C. *de fidei-com. hered.* derogari credit per *tit. I. qui teſtamento tutores dari*

dari poſſunt; merito tamen animaduertere debemus, priorem iurisconſultum, dum haec profert, haud codicem repetitae praelectionis intelligere videri; ſed codicem Iuſtinianeum primum, qui iam amplius non exſtat. Vel minimum paullo de codice repetitae praelectionis communem adoptat ſententiam eumque derogare inſtitutionibus tradit.

§. VI.

Quinquaginta deciſiones digestis praeferuntur.

Concludimus id partim ex eo, quod ſint in codicem relatae, cuius, vt ſupra demonſtrauimus, leges digeſtis exiſtant iuniores; partim ex fine, ob quem deciſiones Iuſtinianus vulgauit. Quum factum id eſt ob controuerſias veterum iurisconſultorum, quorum veſtigia irrepſerunt in digeſta, merito quoque praeferenda ſunt digeſtis. Plerique iurisconſultorum nobiscum conſentiunt: ſunt tamen, quibus aliud placet, quod ante digeſtorum promulgationem ſint ſancitae, videlicet STRVVIVS, *exerc.* 1. *theſ.* 69. LVDWELLVS diſſ. *de quinquaginta deciſ.* in eius *exercitationibus ad ius Iuſtinian.* Altorfii CIↃIↃCLXIII. editis ac GEORG. FRANZKIVS, *prooem. dig. num.* 14. ſq.

§. VII.

Authenticae ſolum vim legis habent, quatenus ſunt receptae.

Quaecunque ſcriptura non proficiſcitur ab imperante, illa non obligat; niſi ſponte recepta eſt voluntate eius, qui legum ferendarum habet facultatem. Ex hiſtoria iuris diſcimus, authenticas ſolis a iurisconſultis

esse compositas; neque ab imperantibus confectas eamdemque ob caussam merito statuimus, illas solum valere, quatenus sunt receptae. Nobiscum consentiunt Conr. Rittershvsivs, *expositt. nouellar.* p. 33. Lvd. Mencke *gymnasio pol. iuris*, p. 45. Io. Sal. Brvnqvellivs, *histor. iuris part.* II. *cap.* 10. §. 14. Io. Avg. Baghivs, libr. IV. *histor. iur. cap.* I. §. 18. et Io. Ern. Ivst. Mvller, *obseruat. practicar. ad Leyseri medidat. tom.* I. *fascic.* I. *obs.* VII. p. 40. Quoniam authenticae nouellis iuniores sint atque in corpore iuris inueniuntur, aliud existimant: Pavll. a Castro, in *auth. res quae C. comm. de legat. num.* 4. Christ. Besoldvs, *de libr. iur. cap.* V. Io. Stravchivs, *in Irnerio errante cap.* II. *thes.* 7. ac Avg. Leyservs, *spec.* V. *cor.* I. quibus iungas Io. Iac. Schertzivm diss. de *authenticarum auctoribus et auctor.* Argentorati, clɔIɔccxxxiii. in C. F. Zepernick *biga libellorum authenticas illustrantium*, p. 327.

§. VIII.

Etsi non negandum sit, pluribus vitiis laborare versionem nouellarum authenticam; illa tamen publicam habet auctoritatem atque in foro textui graeco praeferenda.

Nouellae solum nos obligant, quatenus sunt receptae. Earum versio saltim est recepta eamdemque ob caussam ea quoque in locis, in quibus a graeco dissidet textu, praeferri debet graeco textui. Aliud statuit Sam. de Cocceii, *iur. controuerso*, p. 6. quod verso et quidem priuata sit; neque minus satis vitiosa; nostra autem sententia placuit Petr. Mvllero, ad *Struv. loc. memor.* quocum iungendus est Aemil. Lvdov. Homberg zv Vach, diss. *de nouellarum constitutionum imperatoris Iustiniani lingua orginaria et vulgatae earum versio-*

nis

Digitized by Google

nis auctore atque vſu in foro, Marburgi, CIↃIↃ CCXXXXI.

§. IX.

Nouellae Leonis in foro nullam habent auctoritatem.

Illam ipſis idèo denegamus, quod nunquam ſint receptae; ſine receptione vero illae, tamquam leges peregrinae, iſtam attingere haud potuerunt. Qui aliud ſtatuunt, prouocare ſolent ad nou. XXXIX. de teſtamento prodigi: *nou.* LXXVII. de poena falſi: *nou.* LXXVII. de poena conuentionali, ſponſalibus adiecta: *nou.* XCIII. de repudio ſponſae, ſtuprum ab alio paſſae: *nou.* LI. de theſauris: *nou.* LX. de poena, caſtratoribus ſuum ſtatuta *nou.* XCVIII. de coniugio eunuchorum prohibito. Quum in his eminet CASP. ACHATIVS BECKIVS *de nouellis Leonis philoſophi earumque vſu atque auctorita-te*, quae lucem primum adſpexit Ienae, CIↃIↃCCXXVI. ac denuo cura CAROL. FRID ZEPERNICK recuſa eſt Halae, CIↃIↃCCLXXIX. ipſis repugnant IO. THEOPH. SEGER diſſ. de *Leonis philoſophi conſtitutionum nouellarum auctoritate*, Lipſiae, CIↃIↃCCLXIIII. ac laudatus ZEPERNICK, in *coniecturis, quibus ex cauſſis nouellae Leonis ſapientis in Germania receptae dici nequeant*, editioni BECKIANAE commentationis ab ipſo procuratae, adiectis, p. 403. Iis nuperrime acceſſit CHRIST. FRID. GLVCKIVS in *dem Verſuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten*, *tom.* I. *libr.* I. *tit.* II. p. 315. ac FRANC. IOS. HARTLEBEN, *medit. in pandectas*, *vol.* I. *part.* I. p. 95.

§. X.

Licet pandectarum exemplum Florentinum haud ſit codex ille authenticus, quem Iuſti-

stiniano Tribonianus obtulit; neque sit norma, a qua nullo modo in interpretandis atque emendandis digestis iurisconsultus possit deflectere; maxime tamen probabile est, ab illo omnia digestorum exempla, quae exstare scimus, dimanasse.

Tribus constat membris propositio haec. Ante omnia euidenter demonstrari potest *primum*. Si 1) authenticus esset codex, non possent deprehendi in isto eiusmodi lacunae, quae ab ipsis scribis proficiscuntur: illae autem, vti non est negandum, in codice hoc inueniuntur. Quum 2) omnia scribendi compendia a Iustiniano sunt prohibita, cogitari nequeunt in ipso hoc codice, qui imperatori est oblatus; illa autem in libro hoc, qui iam Florentinum ornat palatium, occurrunt, vti Brencmannvs, *histor. pandectar. libr.* II. *cap.* 3. p. 117. fatetur. Eo 3) accedit, quod loca comprehendat, in quibus lectio aliorum codicum longe maiorem consequitur similitudinem veri; quo vero, quaeso, pacto id cogitari posset, vbi codex Florentinus codex esset authenticus? Si hoc certum est; neque vllo modo negari potest *membrum secundum*, propterea quod reuera itaque descriptus est codex Florentinus ex alio ideoque in illum, vitia incuria librariorum irrepere potuerunt; simili autem ratione plura argumenta proferuntur, quibus sententia nostra munitur in *membro tertio* proposita. *Primarium* 1) sumitur ex traiectione quinque vltimarum eius paginarum. Ita sunt compactae, vt earum prima, secunda ac quinta recto loco sint positae; secundam autem sequatur quarta et huius locum occupet tertia. Turpiter folia haec esse commutata ac transposita, statim adparet, si quodlibet eorum in locum, quem iure quondam tenuit, restituamus et quibus contigit, ipsum hunc codicem inspicere, ii quo-

Digitized by Google

quoque deprehenderunt vestigia illius falsae conglutinationis harum membranarum, quae vitium hoc peperit; illud tamen irrepsit in omnes codices eiusque rei locupletissimi exstant testes. Provocant porro 2), qui eamdem fouent sententiam, ad ordinem titulorum, quos continet liber trigesimus septimus. Legitur in codice Florentino post titulum de dotis collatione titulus *de ventre in possessionem mittendo* hunc que sequitur titulus de *coniungendis cum emancipatis liberis*. Conueniunt iterum, obseruante ANT. AVGVSTINO *libr. 1. emendat. cap. 1.* hoc in ordine titulorum omnes codices; illum tamen ordinem haud eum esse, qui placuit Triboniano, colligitur partim ex nota in margine adiecta; partim ex ordine edicti perpetui, cuius vestigia reperiuntur in L. 1. *in princ. D. de ventre in posses mittendo.* Erroris huius auctores librarios fuisse, qui codicem Florentinum descripserunt, ex nota modo memorata constat; nihilo tamen minus in omnibus codicibus commissus est. Aliud argumentum 3) capitur ex quatuor vltimis capitibus, tit. D. *de vsurpationibus*, quae in reliquis codicibus *titulum pro soluto* conficiunt, quoniam in margine libri Florentini duo haec verba: *pro soluto* legantur haecque eo in loco conspiciantur, quem modo laudatae leges occupant. Simili ratione 4) non recte sese habet ordo quinque priorum legum, quae continentur in tit. de *manumissis testamento* in codice Florentino. Erroneum esse docuit AVGVSTINVS; eundem tamen reliqui conseruant. Idem prouocat 5) ad verba quaedam a glossatore *L. 1. D. vnde leg.* adiecta et in omnibus codicibus repetita ac tandem 6.) ex lacunis, quae tit. de *bonis damnator. ac tit. de interdictis, relegatis et deportatis* inueniuntur, quasue CONTIVS non; nisi ex libris iuris Graeci supplere potuit, idem demonstratur.

Quan-

Quantum scio, Ang. Politianvs vnicus fere est, qui *libr.* x. *epist.* 4. et *miscellan.* cap. 41. existimaret, codicem Florentinum esse authenticum hocque solum ipsius ex vetustate concludit; ea vero de quaestione, quam tetigi in *membro tertio*, acriter viri celeberrimi disputarunt. Factum id est iam antiquiori tempore, vt monstratum a me est praefatione, Leop. Andr. Gvadagni *disquisitione de Florentino codice*, Ien CIↃIↃCCLV. praemissa: recentiore aetate autem lis est renouata, postquam consilium ceperat Brencmannvs, pandectas Florentinas edendi et eamdem ob caussam *historiam pandectarum*, Lugduni Batauor. CIↃIↃCCXXII. in lucem emiserat. Supersedeo recensenda ipsa litis huius historia atque lectores ad supra memoratam praefationem ablego; moneo tamen, modo laudatum Brencmannvm, *histor. pandectar. libr.* III. *cap.* 4. et *epistola ad V. C. Franciscum Hesselium*, Traiecti ad Rhenum, CIↃIↃCCXXXV. et Leop. Andr. Gvadagni *laudat. libello*, qui primum in Anton. Franc. Gori *symbolar. litterar. decad.* II. *vol.* IIII. in lucem prodiit et a me denuo iuris publici factus, mecum consentire; Christ. contra Gottl. Schwarzivm diss. *an omnia pandectarum exemplaria, quae adhuc exstant, a Florentinis manauerint*, Altorf. CIↃIↃCCXXXII. Gvidon. Grandi *epistola de pandectis ad Ios. Aueranium*, Pisis, CIↃIↃCCXXXVI. et Christ. Vlric. Grypen, *obseruat. rerum et antiquit. Germanicarum obseruat.* XVI. p. 285. aliam in sententiam discedere. Vt eam corroborent, prouocant ad testimonium Accvrsii, quo restaurationis quidem iuris Romani; minime tamen codicis Florentini meminit: distinctionem inter *litteram Pisanam* ac *communem*: auctoritatem, a librariis codicis Florentini editioni vulgatae tributam: praestantiam quarundam lectionum editionis vulgatae: diuersitatem nominum iurisconsultorum, quae inter Florentinum codicem atque alios reperitur: alios codices, qui

qui iam ab antiquiſſima aetate exſtiterunt ac merita quorumdam iure de Romano ante inuentionem codicis Florentini. Ceterum hoc dicendi argumentum copioſius expoſui *not. ad Eckhardi hermeneuticam iuris, libr.* I. *cap.* II. §. 74. p. 75.

CAPVT SECVNDVM

DE

LEGIBVS EARVMQVE SPECIEBVS.

§. I.

ETSI is, qui legem adlegat, eam promulgatam eſſe monſtrare debeat, vbi eius aduerſarius illud negat; haud tamen ipſum, si legis ſcritae ad obſeruantiam prouocat, illam probare oportet.

Priorem propoſitionem AVGVST. LEYSERVS *ſpec.* VII. *med.* I. ex *L.* 14. *de contrah. et committenda ſtipulat.* negat, quum eam praeſumtionem, quae hac in lege de contractibus eſt introducta, ad leges extendi poſſe, perſuaſum habet; verum enimuero contrariam ſententiam ideo adoptamus, quod qui factum adlegat, regulariter illud probare debeat atque inter facta quoque numeranda ſit promulgatio legis. Nobiscum conſentiunt. DAV. MEVIVS, *conſil.* LV. FRANC. IOS. HARTLEBEN, *meditat. ad pandect. ſpec.* VIII. *med.* I. ſqq. IO. BERNH. CHRIST. EICHMANN *in der Erklaerung des bürgerl. Rechts, tom.* I. p. 55. CHRIST. FRID. GLVCKIVS, *in dem Verſuch einer ausführl. Erleut. der Pandecten.*

tom.

tom. I. p. 137. ac Io. Ern. Ivst. Mvllervs *obs. praet. ad Leyseri meditat. tom.* I. *fasc.* I. p. 63. Neque vero minus certa est propositio posterior. Quod enim 1) praesumtione iuris firmatur, illud haud probari debet; obseruantia autem legis scriptae semper praesumitur. 2) Qui obseruantiam legis adlegat, reuera eam legem abrogatam esse negat ideoque propositionem negantem profert; ista vero probatione haud indiget. Aliud statuunt Io. Schilterus, *prax. iur. Roman. exerc.* I. §. 10. p. 5 Bened. Carpzovius, *decis. illustr. part.* II. *dec.* 101. *num.* 15. p. 191. sed mecum consentit Io. Henr. Bergervs, *oecon. iuris, libr.* I. *tit.* I. §. XVII. *not.* 5.

§. II.

Scriptura haud facit ius scriptum eamdemque ob causam scriptum cogitare possumus, quod litteris non est mandatum ac non scriptum, quod omnino in scripturam est redactum.

1) Ait Pomponivs L. 2. §. 5. *D. de O.* I. ius, quod compositum sit a prudentibus, sine scripto venire, neque §. 12. distinguit, vtrum prudentes legum interpretationem litteris mandauerint; an id haud factum sit; sed generatim refert ad ius scriptum, quod per eiusmodi interpretationem sit introductum. Si porro 2) omne id, quod moribus et consuetudine est inductum, legibus scriptis sit opponendum, non reddit scriptura ius scriptum, propterea quod quoque istud litteris designari potest; verum enim vero prius clare traditur in L. 32. D. *de legibus.* Neque vero minus 3) idem confirmat Hermogenianvs, vbi L. 35. D. *de legibus* opponit scripta iura iis, quae longa consuetudine sunt comprobata. Quibus aliud placet, argumenta, quibus sententiam suam muniunt, du-

Digitized by Google

ducunt partim ex origine denominationis; partim ex iis, quae tradit IVSTINIANVS §. 3. I. *de iurenat gentium et ciuili.* Eorum sententia inuenit fautorem in HOFACKERO, *princip. iur. ciuil. Rom. germanici, tom.* I. §. 102. noſtra autem ea eſt, quam communis adprobat doctorum ſchola. Huic SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* I. *tit.* III. *quaeſt.* 2. p. 39. ac CHRIST. FRID. GLVCKIVS in *dem Verſuch einer ausführlichen Erlenterung über die Pandecten, tom.* I. p. 42. adhaerent.

§. III.

Priuilegium concedi quoque potest extraneis.

Quum certum eſt atque expeditum, principem omnibus iis priuilegia concedere poſſe, quibus praeſcribere poteſt leges, merito ex eo colligitur, quatenus extraneis lex praeſcribatur, eatenus ipſis quoque concedi poſſe priuilegia. Iam extranei ſine dubio iuſſis principis merito morem gerere debent, quamdiu in republica principis ſub tutela degunt, negotia celebrant aliaque facta committunt obligatoria. Poteſt itaque etiam intuitu huius; vel illius extranei ius a communi diuerſum ſtatui eique per id concedi priuilegium. Diſſentit SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* I. *tit.* III. p. 61. quoniam priuilegia ſint leges, ac hae ſaltim in ſubditos ferantur: priuilegia ſint perpetua atque extra territorium effectus haud producant; ſed ei communis doctorum repugnat ſchola.

§. IV.

Priuilegium princeps concedere sine dubio potest cuidam, licet alteri id iam conceſserit, sine omni discrimine.

Si verum eſt, vti eſt, priuilegium eſſe legem atque omnia ea de priuilegio valere, quae valent de legibus, generatim ſpectatis, propoſitio haec extra dubitationem eſt poſita. Haec eſt ſententia SAM. STRYCKII, diſſ. *de iure priuilegiati contra priuilegatum*, *cap.* 1. *num.* 14. Io BALTH. WERNHER, *tom.* 1. *obs. for. part.* 1. *obs.* 87. LEONH. HENR. LVD. GEORG. CANNEGIESSER, *decis. Caſſel. ſumm. appellat. ſenatus*, *tom.* 1. *decis.* XXXVIII. ac AVG. LEYSERI, *med. ad pand. ſpec.* X. *med.* 4. ab his autem discedunt, qui regulam hanc vel minimum eo in caſu, vbi pactum cum priuilegii conceſſione coniunctum, falli putant ob obligationem principis, pactum hoc ſeruandi, cum NIC. HIER. GVNDLING, *iur. naturae gent. et ciuil. cap.* XII. §. 45. NIC. CHRIST. L. B. DE LYNCKER, *cent.* VII. *dec.* 644. IVST. HENNING. BOEHMERVS *conſ. et decis. tom.* 1. *part.* II. *resp* 3. et Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obs. pract. in Leyſer. meditat. vol.* 1. *ſpec.* 1. *obs.* XLIII. p. 172.

§. V.

Si duo conueniunt priuilegia, quae sibi repugnant, priuilegium recentius antiquiori praefertur.

Non minus hoc conſtat ex eo, quod priuilegium ſpecies ſit legis ac quod de poſterioris legis praeſtantia valet, id quoque ad priuilegia adplicare debeamus. Pugna hac de quaeſtione eſt potiſſimum inter AVG. LEYSERVM, *med. ad pand. vol.* 1. *ſpec.* X. *med.* II. ac duumuiros, qui recentiori tempore ſummi huius viri opiniones trutina quadam examinare conati ſunt, videlicet FRANC. Ios. HARTLEBEN, *med. ad pandectas*, *ſpec.* XII. *med.* 6. ac Io. ERN. IVST. MVLLERVM, *loc. memorat.* p. 183. quum ea, quae LEYSERVS profert, haud probant; ipſi tamen haud conueniunt. Quum LEYSERVS praeſidium,

dium, quo opinionem ſuam firmat, in L. 7. C. *de prec. imp. offer.* ac L. 4. C. *de emancipat.* ponit, hi potiſſimum diſſentiunt ob differentiam, quae inter priuilegia ex pacto deriuanda atque ea, quae mere ex gratia indulgentur, locum habet.

§. VI.

Priuilegium perſonale intuitu praedii reſtrictum, eius alienatione a priuilegiato facta euaneſcit; neque ipſo iure reuiuiſcit, ſi priuilegiatus illud denuo sibi adquirit.

1) Quod ſemel exſtinctum eſt, reuiuiſcere nequit; penitus autem eiusmodi priuilegium eſt exſtinctum. 2) Ad iura renunciata non datur regreſſus, ſecundum regulam ſatis notam; renunciatio priuilegii autem cum alienatione omnino eſt coniuncta. Mecum conſentit Io. Ivst. Ern. Mvllervs, *obs. pract. in Leyſeri meditat. vol.* 1. *ſpec. fasc.* 1. *obs.* 52. p. 194. ſed aliam fouet Leyservs ſententiam, *vol.* 1. *ſpec.* XI. *med.* 1. quoniam non; niſi morte priuilegiati eiusmodi priuilegium exſpirat.

§. VII.

Priuilegium, licet ſolum in praeiudicium tendat principis, extensiue haud ſemper est interpretandum.

1) Priuilegium eſt lex; illa autem eius ex ratione interpretanda eſt, ſiue eam extendat; ſiue reſtringat. 2) Secundum *L.* 35. *pr. C. de inofficioſo teſtamento* priuilegia ita ſunt explicanda, vt, quantum fieri poſſit, conformia exiſtant iuri communi. 3) Priuilegium contra legislatoris voluntatem explicari nequit; illud vero fieret, vbi omni tempore extendi poſſet priuilegium ad

casus, qui in eo haud continentur. 4) Si principis est, definire, *quem modum beneficii sui esse velit*, teste CELSO, L. 191. *D. de R. I.* merito quoque priuilegium restrictiue interpretari debemus, vbi ex ratione constat, principem ad casus quosdam, qui in priuilegii verbis haud continentur, illud extendi haud vellet. Contarium statuunt ob *L. 3. de leg. et constit. principum* praeter antiquiores glossatores CAR. TAPIO, *ad L. 3. C. leg. et constitut. principum in rubr.* 7. HENRIC. FELDMANNVS *in comm. ad leg. citat. num.* 3. BENED. CARPZOVIVS, *libr.* 1. *iurisprud. eccles. dec* 217. AVG. LEYSERVS, *spec.* 10. *med.* 3. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* 1. *tit.* IV. *quaest.* 3. atque alii; ab iis autem SAM. STRYCKIVS *diss. de priuileg. interpretatione, cap.* IV. IVST. HENNING. BOEHMERVS, *exerc. ad pandect. tom.* 1. *ex.* XIII. *p.* 605. FERD. IOS. HARTLEBEN, *loc. mem.* et IO. ERN. IVST. MÜLLERVS, *obs. pract. in Leyser. meditat. vol.* 1. *fasc.* 1. p. 165. recedunt.

§. VIII.

Si priuilegium datum est; neque constat, vtrum reale sit; an personale, in dubio illud pro personali est reputandum, siue illud gratuitum sit; siue oneroſum.

Quum princeps, vti constat, discrimen reperitur inter priuilegium personale ac reale in eo, quod hoc latius se extendat; quam illud hocque omnibus rei priuilegiatae possessoribus vtile est; illud autem vni est concessum: euidens est atque clarum, extendi priuilegium, quod quis in dubio pro reali habere vellet; illud autem haud licet, quoniam, quicquid contra rationem iuris receptum est; seu constitutum, *ad consequentias produci haud debet L.* 14. 15, 16. *D. de legibus*

bus: priuilegium tantum in commodum priuilegiati tendit et potiſſimum in eiusmodi negotiis contra eum facienda eſt interpretatio, qui rationibus ſuis melius conſulere debuiſſet atque clarius loqui, vti oſtendere ſtudet LEYSERVS, *ſpec.* XXI. hancque ob rem alia priuilegia tam ſtricte ſolemus explicare, vt, ſi in priuilegio mixto heredes, ad quos illud peruenire debeat, curate haud ſunt definiti, ſolum ſub iis liberos primi gradus intelligamus. Diſſentiunt inprimis ob notionem, quam vocabulo *poſterorum* ſubiiciunt, SAM. STRYCKIVS, *diſſ. de priuilegiorum interpretatione cap.* I. *num.* 36. *tom.* IV. *diſſ. Francof.* SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, lib.* I. *tit.* IV. p. 60. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſeruat. cap.* 2. ac FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obs. iuris vniuerſi, tom.* IV. *obs.* 25. p. 63. et Io. HENR. BERGERVS, *oeconom iuris, libr.* I. *tit.* I. §. 25. p. 21. diſtinctionem facit, quae iure non eſt fundata. PETR MVLLERVS, *comm. ad Struu. ex* II. *theſ.* 29. *tom.* I. p. 78. LEYSERVS, *ſpec.* XI. *med.* I. iurisconſulti Erfordienſes apud SCHORCHTIVM in *collectione reſponſorum et ſententiarum ſelectiorum, ſent.* CCLXXI. p. 65. et certo modo FRANC. Ios. HARTLEBEN, *medit. in pandectas, vol.* I. *part.* I. p. 248. mecum conſentiunt; huic tamen *loc. mem.* p. 278. haud penitus placent, quae hac de re a me proferuntur.

§. IX.

Priuilegiorum interpretatio doctrinalis locum habet; neque ad authenticam recurſus obtinet, vbi ſuper ea lis est orta.

Quicquid valet de lege, valere quoque debet de priuilegiis, quumque ad verum eius ſenſum reſpicere debemus, ſi ex ea lis ſit decidenda; neque ad illum animum aduertere poſſumus, quem princeps verbis ſuis

ex plenitudine poteſtatis legislatoriae ſecundum arbitrium ſuum, vbi ſcilicet illam authentice ſit interpretaturus, tribuit: nec id licet de priuilegio. Qui cum DAVID. MEVIO, *part.* v. *deciſ.* 305. Io. NIC. HERTIO *tom.* II. *reſp.* 717. *num.* 1. et Io. FRID. PFEFFINGER ad *Vitriar. illuſtrat. tom.* III. p. 1136. aliud ſtatuunt, prouocare ſolent ad *L.* 191. *D. de regulis iuris* ac *L.* 43. pr. D. *de vulgari et pupillari ſubſtitut.* nobiscum autem conſentit Io. BERNH. CHRIST EICHMANNVS in *den Erklaerungen des bürgerlichen Rechts, tom.* II. p. 76. cui Io. STEPH. PVTTER *diſſ. de iure officio iudicis circa interpretationem priuilegiorum* iungas.

§. X.

Neque immemoriale; neque longum tempus neceſſarium est ad introducendam conſuetudinem.

Neque tempus immemoriale; neque longum requirunt leges ciuiles ad conſuetudinem; ſed iudicis arbitrio relinquunt ideoque nec vnum; vel alterum eſt neceſſarium *arg. L.* 1. *§. fin. D. de iur. deliberandi.* Diſſentiunt ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſeruat. cap.* 31. et IOACH. MYNSINGERVS, *centur.* VI. *obſ.* 31. atque inter recentiores MEVRERVS, in *den iuriſtiſchen Abhandlungen* et *Beobachtungen*, propterea quod in iure noſtro requiratur *conſuetudo inueterata, diuturna* et *antiquitus probata* ac inprimis requiratur vetuſtas in *L.* 2. *D. de de aqua; vel aquae pluuir.* WOLFGANG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theoret. pract. tom.* I. p. 71. SAM. DE COCCEII *iur. controuerſ. libr.* I. *tit.* III. *quaeſt.* II. p. 45. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* III. *def.* 21. SAM. STRYCKIVS, *vſu mod pandect.* §. 12. ac GERHARD. NOODTIVS, *commentar. ad dig. libr.* I. *tit.* III. p. 15. noſtram comprobant ſententiam.

§. XI.

§. XI.

Ad introducendam conſuetudinem vnus actus conſuetudinarius haud ſufficit; duobus tamen omnino illa induci potest.

Duobus membris conſtat propoſitio haec. Prius patet partim ex eo, quod frequentia actuum neceſſaria ſit, vbi de introductione conſuetudinis ſit ſermo, ſecundum L. 1. *Cod. quae ſit longa conſuetudo* ac L. 3. C. *de aedif. priuatis* partim quod illa debeat eſſe *diuturna: inueterata longa conſuetudine ac per annos plurimos obſeruata*, vti traditur in *L.* 32. §. 1. *L.* 33. et *L.* 35. *D. de legibus et ſenatus conſultis et longa conſuetudine.* Neque minus id ex eo probamus, quod, actum a ſubditis eum in finem ſusceptum eſſe, vt norma ſit, ad quam alii dirigantur principemque illum hoc modo comprobare voluiſſe, prius adfirmare haud queamus; quam ſi quoque illum alius actus, ipſi ſimilis, eiusue itaque ad normam peractus, ſit ſequutus. Quoniam ſecundum *L.* 12. *D. de teſtibus* plures iam ſint actus, ſi eorum duo ſint ſuſceptī hocque ſi factum, omnia quoque obtinent, quae eiusmodi de actibus requirunt: nec in dubium vocari poteſt membrum poſterius; nihilo tamen minus de vtraque hac propoſitione quidam iuris conſultorum aliud exiſtimant. Qui cum SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo*, *libr.* 1. *tit.* III. *quaeſt.* 10. BENEDICT. OBERHAVSER, *praelect. canon. iuxta titulos decretal. libr.* 1. *tit.* IV. *de conſuetud.* §. 10. ac quibusdam aliis vnum actum ſufficere putant, prouocant ad *L.* 14. §. 2. D. de *aliment. et cibariis legatis* quoniam eius ex ſententia illa alimenta, quae quis tempore mortis praeſtare ſolitus ſit, ſub iis alimentis, quae viuus praeſtitit, ſunt intelligenda ac ad praeceptum iuris feudalis, rem ſemel in feudum datam, pro ea

esse habendam, quae sit *res in feudum dari*; *sed infeudari solitam.* In duobus haud adquiescunt Io. VOETIVS, *commentar. ad digesta, tom.* I. *libr.* I. *tit.* III. §. 29. GERH. NOODTIVS *commentar. ad D. lib.* I. *tit.* III. §. 15. DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedenken, tom.* I. p. 305. LVD. MENCKE *gymnas. pol.* p. 46. atque auctores *der meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. Band* III. *med.* 182. p. 312. quoniam frequentia non adest actuum, vbi eorum solum duo peracti sunt; mecum autem consentiunt Io. HENR. BERGERVS, *oeconom. iuris, libr.* I. *tit.* I. *thes.* XIX. p. 10. ed. recent. IVST. HENNING. BOEHMERVS, in *iure eccles. protestantium, libr.* I. *tit.* IV. §. 42. PETR. MVLLERVS, ad *Struuium ex.* II. *thes.* 20. Io. SCHILTERVS *ex.* II. tit. XVII. Io. BERNH. CHRIST. EICHMANNVS, in *den Erklaerungen des bürgerlichen Rechts, tom.* I. p. 374. CHRIST. FRID. GLVCKIVS, in *dem Versuch zur ausführlichen Erleuterung der Pandecten, tom.* I. p. 442. ac FRANC. Ios. HARTLEBEN, *meditat. in pandectas, vol.* I. *part.* I. p. 211.

§. XII.

Consuetudo solo iudicis testimonio probari nequit.

Qui consuetudinem pro se adlegat, simul quoque eos ad actus consuetudinarios se refert, qui longe ante; quam testimonium iudicis sit datum, sunt peracti; istud autem fidem haud habet; nisi factum, de quo testimonium fertur, eo tempore contigit, quo memoratum exhibetur testimonium. Idem sentiunt BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *const.* III. *def.* VII. et in *decis.* III. ac DAVID. MEVIVS, *part.* IV. *dec.* 2. inter aduersarios autem referimus 1) eos, qui cum Io. PAVLL. KRESSIO *specim. iuris ciuil. prol.* §. 69. ob auctoritatem fidei iudicialis ac praestantiam documenti publici ei

prae-

praesumtionem tribuunt, donec probetur contrarium: 2) ob eamdem rationem huic testimonio vim semiplenae probationis cum AVG. LEYSERO, *vol.* I. *meditat. ad pandectas spec.* IX. *med.* 9. tribuunt vel 3) ideo, quod rationes, cur ea testimonia reiiciantur, quibusdam in casibus cessare putant, ideoque illa in his admittunt, cum SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* I. *tit.* III. *quaest.* 14. p. 48. Io. BALTHAS. WERNHERO, *obseruat. for. tom.* I. *part.* IV. *obs.* 68. Io. PAVL. REINHARDO ad *Christinaeum*, vol. IV. obs. 68. FRID. ES. PVFENDORFIO, *obs. iur. vniuersi*, *tom.* II. *obs.* 366. GEORG. DAV. STRVBEN, *in den rechtl. Bedenken*, *tom.* II. *Bed.* LIX. FERD. Ios. HARTLEBEN, *med. ad pandect. spec.* XI. *med.* 13. Io. CHRIST. BERNH. EICHMANNO, in *den Erklaerungen des bürgerlichen Rechts*, *Theil* I. §. 87. p. 489. et Io. ERN. IVL. MVLLER *observ. pract. ad Leyser. meditat. tom.* I. *fasc.* I. p. 41.

§. XIII.

Consuetudo valet, etsi quoque iudicio haud confirmata sit.

1. Si ad legis constitutionem haud requiruntur actus iudiciales nec requiruntur ad constituendam consuetudinem; prius autem nemo in lege requirit. SEVERVS imperator 2) rescripto, cuius verba exhibentur *l.* 38. *D. de legibus*, consuetudinem opponit auctoritati rerum iudicatarum hocque modo euidenter declarat, sine re iudicata istam cogitari posse. 3) Si tandem res iudicata facit ius inter partes, inter quas sententia est lata, profecto non quoque alios tangit; consuetudo autem legis habet virtutem. Vbi tandem de valore consuetudinis iudex sententiam fert, prius haud fieri potest; quam si iam sit introducta ideoque exstitit ante rem iudicatam. Qui cum Io. HENR. BERGERO, *oecon. iuris, libr.* I.

Digitized by Google

tit. I. *num.* 19. ac Io. BALTH. WERNHERO, *part.* IX. *obs.* 193. aliud ſtatuunt, nituntur effato VLPIANI, L. 34. D. *de legibus ſenatus conſultis et longa conſuetud.* ſed noſtra ſententia iam dudum inuenit fautores in ANDR. GAILIO *libr.* II. *obs.* 31. *num.* 8. DAV. MEVIO, ad *ius Lubec. praelim. quaeſt.* 7. *num.* 19. PAVL. CHRISTINAEO, *vol.* IIII. *decis.* 187. AVG. LEYSERO, *ſpec.* IX. *cor.* 2. Io. VLRIC. CRAMERO, *tom.* IIII. *obs.* p. 277. FRANC. IOS. HARTLEBEN, *meditat. in pandectas, vol.* I. *part.* I. p. 215. et Io. ERN. IVST. MVLLERO. ad *Leyſer. vol.* I. *faſc.* I. p. 158.

§. XIV.

Solo non vſu legis conſuetudo, ei contraria, non introducitur.

Vbi non adſunt actus conſuetudinarii: ibi nec adeſt conſuetudo; vbi autem ſolus non vſus adeſt, ibi actus conſuetudinarii cogitari nequeunt. Conuenit mecum AVG. LEYSERVS, *med. ad pandectas, ſpec.* IX. *med.* 10. verum tamen ei contradicit FRANC. IOS. HARTLEBEN, *meditat. ad pandectas. vol.* I. *part.* I. p. 228. et ad ſententiam ſuam confirmandam prouocat partim ad praeceptum ſatis notum, ſecundum quod ea, quae raro fiant, ex L. 2. 3. 4. et. 5. D. do *legibus* non curat praetor; partim ad L. 32. *D. de leg.* atque ad id, quod in legibus poenalibus obtinere videatur; neque minus Io. ERN. IVST. MVLLERVS *obs. practicis ad Leyſeri meditat. vol.* I. *faſc.* I. p. 149.

§. XV.

Communis opinio conſuetudinem neque facit; neque probat.

Vbi

Vbi 1) non adſunt actus, ſanae rationi conuenientes, publice certoque tempore, legibus determinato, modo conformi peracti, ibi non adeſt conſuetudo, quum omnia haec de actibus, conſuetudinem introducentibus, iuris requirunt interpretes; illud autem cogitari nequit communi in opinione, quum eam, qui proferunt, per id tradita haud exercent. 2) Praecepta eorum ad theoriam pertinent; illa autem a praxi differt eamdemque ob rem dici nequit, principem, vbi iſtis praeceptis ſeſe haud opponit, per id ſimul ea adprobare atque, vt in praxi recipiantur, velle: 3) communis opinio aliam haud excludit: immo duae ſimul communes opiniones eſſe poſſunt: neque 4) ad certum temporis ſpatium ſunt adſtrictae. Ceterum quaeſtio eſt quondam vel minimum maxime controuerſa. A nobis diſſentiunt OSWALD. HILLIGERVS, in *Donello enucleat. libr.* XXVI. *cap.* II. ANDR. GAILIVS, *libr.* I. *obſ.* 153. multis cum aliis, potiſſimum antiquioribus iuris interpretibus ſententiamque ſuam lepidis profecto argumentis, quod a multis magis; quam paucis veritas proferatur: vbi pars maior; ibi maior praeſumatur: quid quod communis error ſit ſequendus, confirmant; nobiscum autem faciunt PETR. MVLLERVS. *not. ad Struu. tom.* I. *exerc.* II. p. 96. HARTMANN. PISTORIS, *libr.* I. *quaeſt.* 24. *num.* 36. BENED. CARPZOVIVS, *libr.* VI. *reſp.* 79. et inprimis SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſ. libr.* I. *tit.* III. p. 50. ſqq.

SEC

SECTIO PRIMA

DE

IVRIBVS ET OBLIGATIONIBVS EX STATV PROMANANTIBVS.

CAPVT PRIMVM

DE

STATV NATVRALI.

§. I.

MVLIER est ex iurisconsultorum Romanorum sententia homo; neque aliud colligi potest ex *L.* 38. §. 5. *de poenis.*

Primum membrum liquet partim ex CATO, qui *L.* 152. *D. de V. S.* clare hoc comprobat; partim ex VLPIANO, vbi interdictum praetoris de homine libero exhibendo etiam ad feminas extendit, *L.* 3. §. 1. D. *de homine libero exhibendo.* 2) Loquitur PAVLLVS de iis, qui feminae abortionis; aut amatorium poculum praebent L. 38. §. 5. *D. de poenis* et poenam definit, qua is, qui homicidium simul perpetrauit, est adficiendus. Illud quum fieri posset cum in muliere; tum eius in par-

partu, vtriusque quidem sub nomine *mulieris*; aut *hominis* mentionem facit ac per id hominem mulieri opponit; illud autem saltem euenit, quia, si partus in lucem editus haud sit, nondum illius genus constat: ideo generatim sub nomine *hominis* designatur ac per id mulieri est opponendus. Etiam aliis legibus vocabulo hominis *partum* designari, patet ex L. 68. pr. *D. de usu fruct.* Qui dissentiunt, IAC. CVIACIVS, *libr.* VI. *obs.* 21. et PETR. WESENBECIVS, *ad tit. D. ad* L. *Cornel. de sicar. num.* 5. ad supra memoratam legem prouocant.

§. II.

Sub sexu feminino masculinus non est comprehensus.

POMPONIVS clare tradit, exemplum potissimum esse, foeminino vocabulo etiam masculos contineri eamdemque ob caussam filiarum nomine filios contineri negat, L. 45. *D. de leg.* 2. Non sine ratione 2) IVLIANVS tradit L. 62. *D. de leg.* 3) sexum masculinum femininum continere ac per id haud obscure significat, contrarium haud locum habere; clarius autem idem tradit MARCELLINVS, L. 81. *D. de leg.* 3. vbi quidem seruis legatis ancillas; minime vero legatis ancillis seruos deberi docet. Aliud statuit AVG. LEYSERVS, *spec.* XIII. *med.* 4. propterea quod VLPIANVS, L. 195. *pr. D. de verb. signif.* regulam supra traditam haud semper obtinere putat: ratio legis sit inspicienda et grex ouium hircos quoque complectatur. Eius castra quoque sequutus est FERD. Ios. HARTLEBEN, *med. ad pandectas, spec.* XVII. *med.* 3. sed nobiscum consentiunt Io. BERNH. CHRIST. EICHMANNVS, in *den Erklaerungen des bürgerlichen Rechts, tom.* II. p. 282. et Io. IVST. ERN. MVLLERVS, *obs. pract. in Leyseri meditat. vol.* I. *fasc.* I. *obs.* LXVII. p. 250.

§. III.

Digitized by Google

§. III.

Qui post decimum mensem mortis mariti eius a vidua procreatur, pro legitimo non est habendus.

1) Excludit VLPIANVS, *L.* 3. *§.* 11. *D. de suis ac legitimis* eum, qui post decem menses mortis mariti natus, a legitima hereditate. Neque minus 2) ex sententia iuris ciuilis partum vltra decem menses in matris vtero haud latere, ex tempore luctus, viduabus praescripto, discimus, quod decem mensibus absolueretur. Licet SENECA *epist.* 63. ideo illud tempus electum esse, sibi persuadeat, quod ante Numam anni spatium decem consisteret mensibus haecque etiam forsan sit causa, cur generatim per annum virum a vidua esse lugendum, constituerent imperatores GRATIANVS, VALENTINIANVS ac THEODOSIVS, *L.* 2. *C. de secundis nuptiis*; longe aliam tamen eius rei rationem adfert VLPIANVS, *L.* 11. §. 2. *D. de his, qui notantur infamia* atque eam in turbatione *sanguinis*; aut, vt illam explicat HARMENOPVLVS, *libr.* IV. *tit.* 6. *§.* 16. *seminis*, quae euenire posset, si vidua intra hoc tempus celebrare vellet nuptias, ponit; neque sine iure, vt tradunt IAC. CVIACIVS *lib.* VI. *obs. cap.* 32. ac GERH. NOODTIVS *comment. ad digest. libr.* III. *tit.* II. *tom.* II. *oper.* p. 86. 3) Dein docet GALLVS, *L.* 29. *pr. D. de liberis et postumis*, vbi formulam nepotes postumos instituendi praescribit: *si quis nepos in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, heres esto.* Haec est sententia communis iurisconsultorum scholae, ex qua PETR. MVLLERVM *comm. ad Strum. tom.* I. p. 100. nominasse sufficiat atque ALPHONSVM A CARANZA, *de partu*, *cap.* XIV. p. 585. ac IO. ERN. IVL. MVLLERVM, *obseru. pract. ad Leyser. vol.* I. *fasc.* I. *obs.* CXXIX. p. 294. Ab his discedunt, qui cum IAC. CVIACIO, *de di-*

uers.

uerſ. praeſcript. tempor. cap. 19. et MENOCHIO, *de arbitrar. quaeſt. lib.* II. *cap.* 89. inter eos, qui initio vndecimi menſis lucem adſpiciunt atque eos, qui poſtea ſunt progeniti, diſtinguunt; aliam autem fouent ſententiam: GVIL. BEVSTIVS, *part.* I. *de matrimon. cap.* 36. ANDR. RAVCHBAR, *part.* I. *quaeſt.* 24. BENED. CARPZOVIVS, *part.* IV. *conſt.* 21. *def.* 15. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* XV *med.* I. ac *diſſ. de poſtumo amiculo; ſeu duodecimeſtri*, *tom.* XII. *meditat.* eius a LVD. IAC. FRID. HOEPFNERO edito p. 109. praeter eos tamen CAR. HANN. FABROTVS de *partus humani tempore*, Pariſiis, CIↃIↃCLI. eſt videndus.

§. IV.

Ante ſeptimum menſem post celebratas nuptias legitimus partus haud procreatur; qui vero ſeptimo menſe in lucem editus, pro legitimo est habendus.

Clare hoc conſtat ex *L.* 12. *de ſtatu hominum*, qua PAVLLVS receptum eſſe teſtatur propter auctoritatem HIPPOCRATIS, ſeptimo menſe naſci perfectum partum, et ex eo concludit, ſeptimo menſe iuſtis ex nuptiis natum partum pro iuſto filio eſſe habendum. Repetit quoque id iurisconſultus *libr.* IV. *ſentent. tit.* 9. §. in *iurisprudentia Anteiuſtinianea* AHT. SCHVLTINGII, p. 416. ideoque nihil aliud; quam, quod ſupra eſt traditum, ſtatui poteſt. Diſſentiunt MATTH. COLERVS *deciſ.* 258. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* 18. Io. BRVNNEMANNVS *ad L.* 4. *C. de poſtum. hered. inſtituendi*, atque alii, quod foetus per longius temporis ſpatium in vtero matris ordinarie latere ſolent; ante quam ipſi in lucem perfecto edantur modo; ſed noſtram fouent ſententiam AVG. LEYSERVS, *ſpec.* XV. *med.* 3. ALPHONS. A CARANZA, *de partu*, *cap.* 10. p. 453.

et

et CAR. HAN. FABROTVS, *de iuſto partu, exercit.* I. *tom.* III. *theſaur. iuris ciuilis* OTTONIANI, p. 1160. ſqq. quibus hac de re iungas SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſ. libr.* I. *tit.* VI. p. 77. et Io. CHRIST. HARTVNGIVM, *de partu ſeptimeſtri*, Ienae, CIↃIↃCXC.

§. V.

Praeſumtio, partum in nuptiis procreatum eſſe partum legitimum, non est praeſumtio iuris et de iure.

Quum praeſumtio haud prius in cenſum ſcribenda ſit praeſumtionum iuris et de iure; quam ſi non admittat probationem contrarii: non poſſumus eam praeſumtionem, de qua iam loquimur, hunc in numerum ſcribere, quum certum eſt, patrem; vel tertium poſſe contrarium probare hocque facto, nec partum eſſe amplius habendum pro legitimo. Clare hoc docet VLPIANVS, *L. 6. D. de his qui ſui vel alieni iuris* ac per id euidenter refutat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVM *colleg. theoret. practic. lib.* XXII. *tit.* III. §. 44. qui vel minimum clarius loqui debuiſſet, ANDR. ALCIATVM, *de praeſumtion. reg.* III. *praeſumt.* 37. ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſ.* 97. *num.* 8. atque alios, qui ob L. 11. §. 9. *D. ad l. Iul. de adult.* ac *L.* 29. §. 1. *D. de probat. et praeſumt.* contrariam tenent ſententiam.

§. VI.

Licet partus vocem haud emiſerit; viuus natus tamen haberi potest.

1) Experientia docet, partum quidem viuere; haud tamen vagire et alia vitae exhibere ſpecimina; iis autem datis, pro viuo nato partum habere debemus, etſi vocem non emiſerit. Tradit id quoque 2) claris verbis

bis IVSTINIANVS, quum ſatis notam controuerſiam inter Sabinianos decideret ac Proculeianos, *L. 3. C. de poſtum. hered. inſtituend.* Refert imperator, ex ſententia Sabini rumpi teſtamentum, ſi viuus natus eſſet poſtumus, etſi vocem non emiſerit, atque addit, ſe eius ſententiam laudare. Noſtram tuentur prae aliis BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *def.* XVIII. *num.* 7. SAM. DE COCCEII *iur. controuerſo*, *libr.* I. *tit.* V. *quaeſt.* 5. p. 73. ac GOTTL. EVS. OELZE, *diſſ. de partu vitali et non vitali* Ienae, CIↃIↃCCLXX. aliud tamen placuit WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIO idque? ſine dubio, ideo, quod vox infantis ordinarium vitae eius ſit ſignum. Quibus addas, quae diſſ. *de infante herede*, expoſui. Exſtat illa *tom.* II. *opuſculor.* p. 183.

§. VII.

SI partus viuus quidem in lucem procreatur; vitalis tamen non est, haud hereditatis capax est; neque illam ſuos ad heredes transmittit.

1) Extra omnem dubitationem eſt poſitum, perfectum eſſe debere partum, vbi, hereditatem transmittere eum ſtatuere velimus, quemadmodum haud obſcure patet ex L. 12. D. *de ſtatu hominum*, partum autem, non vitalem, perfectum eſſe, merito negamus. 2) Si partus teſtamentum haud rumpit; nec hereditatis eſt capax eamque transmittit: verum enim vero partum non vitale teſtamentum haud rumpere, docent imperatores DIOCLETIANVS et MAXIMINIANVS, L. 2. C. *de poſthumis heredibus inſtituendis*, vbi tradunt, *vxoris abortu teſtamentum mariti non ſolui*; procreatio autem partus non vitalis eſt abortus. Tandem id 3) ſatis abunde conſtat ex deciſione celeberrimae controuerſiae inter Sabinianos ac Proculeianos, de partu teſtamentum ruumpente, quam de-

bemus IVSTINIANO, *L. 3. C. de posthumis.* In illa ita procedit, vt Sabinianorum ſententiam, partum viuum natum, ſi quoque vocem haud emiſit, rumpere teſtamentum, ei, quam ipſorum amplecterentur aduerſarii, praeferat: nihilominus tamen certo modo mediam eligit viam; neque in eo adquieſcit, quod ſit viuus; ſed requirit ſimul, quod partus viuus perfecte natus ſit. Tetigiſſe imperatorem omnino mentem Sabinianorum, ex iis conſtat, quae VLPIANVS in libris ſuis *ad Sabinum* tradit. Eorum particulam deprehendimus in *L.* 12. §. 2. *D.* de *liberis et poſthumis.* Vsque eo ibi VLPIANVS vna cum Sabino progreditur, vt quoque partum rumpere teſtamentum putet, ſi tamquam integrum animal haud adparuerit; cum ſpiritu tamen lucem adſpexerit; hoc vero modo rationes omnino habuit, cur quoque praeciperet, partum illum ſimul eſſe debere perfecte natum. Haud omnibus ſententia noſtra placet atque ob idem praeceptum VLPIANI, quod filius patris teſtamentum non rumpat, ſi quoque non integrum animal ſit atque ea verba, quibus finit IVSTINIANVS *L. 3. C. de poſthumis*, neque minus propter incertitudinem, vtrum partus vitam continuare queat; nec ne? BENEDICT. CARPZOVIVS, in *iurisprudentia forenſi, part.* III. *conſt.* XVII. *def.* 18. SAM. STRYCKIVS, de *iure ſenſuum, diſſ.* I. §. 4. ac Io. HENR. BERGERVS, in *oeconom. iuris, libr.* 1. *tit.* II. §. 2. in aliam discedunt ſententiam; neque tamen minus noſtra inuenit fautores ſuos in IAC. MASCARDO, de *probat. vol.* III. *concluſ.* 1090. SAM. DE. COCCEII, *iur. ciuil. controuerſo, libr.* I. *tit.* VI. *quaeſt.* 3. Io. FRID. EISENHARDO, *inſtit. iuris Germanici priuati, libr.* I. *tit.* I. §. 2. et GOTTL. EVSEB. OELZE, *comment. iuridica, de partu viuo vitali; aut non vitali, praecipue rat. transmiſſionis hereditatis, cap.* II. §. 15. Ienae, CIↃIↃCCLXIX. Tandem mediam ingreſſus

ſus eſt viam FRANC. IOS. HARTLEBEN, *meditat. in pandectas, vol.* I. *part.* II. *ſpec.* XVI. p. 1.

§. VIII.

Abſens haud prius; quam ſeptuaginta anni eius post natiuitatem ſunt peracti, ordinarie pro mortuo est habendus; vbi autem eruendum tempus mortis ipſius est, eo tempore illum deceſſiſse statuendum est, quo ſeptuagesimum annum compleuit.

Duplicem quaeſtionem hoc loco decidimus, quarum vtramque maximam in controuerſiam vocatam eſſe conſtat. Quod ad priorem ſpectat, quando praeſumtio mortis abſentis locum habeat? requirimus, ſeptuaginta annos poſt eius natiuitatem peractos eſſe idque ideo, quod terminus hic aetatis humanae eſt ordinarius: plurimi quidem ſunt, qui illum non attingunt; alii eum ſupetant; praeſumendum tamen eſt, hominem iſta aetate viuis eſſe exemtum. Solidum quidem eius fundamentum non eſt quaerendum in Pſ. XC v. 10. verum tamen in conſenſu plerorumque doctorum ac iuris collegiorum illud reperitur, e quibus ſaltim Scabinos Lipſienſes apud BENED. CARPZOVIVM, *part.* III. *conſt.* XV. *def.* 57. AVG. LEYSERVM, *ſpec.* XCII. *med.* 5. CASP. HENR. HORNIVM, *claſſ.* VIII. *reſponſ.* 3. IO. BALTH. WERNHERVM, *tom.* III. *obſ. part.* III. *obſ.* 48. nominamus. Illi itaque hac in re nobiscum conſentiunt; aduerſatur tamen praeter modo dictum CARPZOVIVM IO. FRID. PIELIVS *diſſ. de translatione bonorum ubſentis vel probata morte; vel praeſumta demum efficaci*, §. 31. Ab his altera quaeſtio diuerſa eſt, num, abſentem iſto demum tempore deceſſiſſe, ſit ſtatuendum; nec ne? et vtrum eius ad hereditatem vocetur is, qui heres proximus illius exſtitit tempore, quo vita abſentis dubia eſſe coe-

pit eamdemque ob cauſſam curator abſentis ſit conſtitutus; an ille, qui eo tempore, quo ſeptuaginta anni ſunt eius poſt natiuitatem completi, exiſtit? Statuimus merito poſterius, propterea quod 1) ſi haud prius, quam poſt lapſum ſeptuaginta annorum mortem praeſumamus abſentis, neceſſe eſt, vt vsque ad hoc tempus eum viuere, cenſeamus. Si quis 2) porro aliam foueret ſententiam, hereditatem eius locum habere cenſeret, cuius vita eſt incerta ac dubia; verumtamen illud plane prohibitum eſt, *L. 4. C. de poſtliminio reuerſis.* Quae quamuis ita ſeſe habeant, plerique antiquiores iurisconſulti aliam in ſententiam diſceſſerunt, inter quos CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *deciſ. part. I. deciſ.* 65. nr. 7. ſqq. BENEDICT. CARPZOVIVS *iurisprud. forenſi, part.* III. *conſt.* XV. *def.* 49. NIC. CHRIST. LYNCKER *diſcept. forens. reſ.* 357. p. 670. *reſponſ. ac conſil. tom.* I. *reſp.* 5. *anal. ad Struu. ſyntagm. iuris ciu. tit. de hereditat. petit. theſ.* 66. *ac deciſ.* 1478. PETR. MVLLER *ad Struu. tom.* I. *exerc.* X. *§.* 66. p. 656. ANTON. FABER *cod Sabaud. libr.* III. *tit.* XXV. *def.* 5. ac DAV. MEVIVS *part.* II. *dec.* 13. *not.* 3. eminent. Quum potiſſimum hoc ex L. 10. et 18. D. *de captiuis et poſtlim.* argumentari ſe poſſe putant atque ſimul ob defectum probationis vitae ſupponunt, acceſſerunt iis nonnulli recentiorum iurisconſultorum, videlicet Io. SCHILTERVS, *ex.* XV. *theſ.* 71. ſqq. Io. BALTHAS. WERNHER *tom* III. *obſ. part.* III. *obſ.* 48. Io. RVD. ENGAV *de cura abſentum*, lenae, CIↃIↃCCLIII. p. II. et *deciſ. ac reſponſ. part.* II. *reſp.* 3. *nr.* 4. SAM. DE COCCEII *iur. controuerſo, libr* V. *tit.* III. *quaeſt.* 21. Io. HENR. DE BERGER *reſponſis, part.* II. *reſp.* 166 *nr.* 2. p. 290. GEORG. HENR. LINCKIVS, *quando abſens habeatur pro mortuo.* CIↃIↃCCXXVII. CHRIST. LVD. CRELLIVS in diſſ. *quando curator abſentis heredis aeque propinquos a ſucceſſione excludat.* Io.

AVG.

AVG. HELLFELDIVS *iurisprud. for. libr.* XXVII. *tit.* X. §. 1397 et humaniſſimus collega, ill. Io. LVD. SCHMIDIVS, *in denen öffentlichen Rechts Sprüchen, ſect.* I. *num.* III. p. 15. verum enimuero alii pro ſententia, quam amplexi ſumus, pugnarunt. Factum eſt a iurisconſultis TVBINGENSIBVS, *conſil. iurid. tom.* III. *conſ.* 206. *n.* 45. AVG. LEYSERO, *ſpec.* XCVI. *med.* 6. FERD. AVG. HOMMELIO, diſſ *ſeptuagenarius abſens factus, quando mortuus praeſumatur*, Lipſ. CIↃIↃCCLI. CAROL. FERD. HOMMELIO *rhapſod. obſ.* 107. DAVID. GEORG. STRVBEN *rechtl. Bedencken, tom.* III. p. 365 et FRID. BEHMERO, *iur controuerſa, tom.* II. *obſ.* XCIX. p. 584. Quum idem exiſtimaret perilluſtris Io. CHRISTOPH. KOCHIVS, iurisconſultus Gieſſenſis celeberrimus in auctario, *tractatus de ſucceſſione ab inteſtato* ſecundae editioni, ann. CIↃIↃCCLXVIII. in lucem emiſſae, adiecto, p. 68. ſurrexit Io. FRID. PIELIVS, *ſupra memorata diſſertat.* p. 51. atque argumenta, quibus KOCHIVS ſententiam ſuam muniuit, refutare ſtuduit; optime tamen ſeſe defendit perill. KOCHIVS, in tertia editione libelli modo laudati, p. 114.

CAPVT SECVNDVM
DE
STATV CIVILI.
MEMBRVM PRIMVM
DE
IVRIBVS ATQVE OBLIGATIONIBVS CONIVGVM.

---

§. I.

Diuisio ſponſaliorum in ſponſalia de praeſenti et de futuro, iure Romano haud est fundata; ſed eorum naturae atque indoli prorſus est contraria.

Admodum quidem inter ſe diſcrepant hac in diuiſione pontificiae religioni addicti ab euangelicis, quum illi ſponſalia de praeſenti ea ſponſalia vocare ſolent, quibus conſenſus nuptialis verbis temporis praeſentis declaratur, ac per ſponſalia de futuro ea intelligunt, quae conſenſum ſolum continent ſponſalitium: hi autem omnia ſponſalia pura ſponſalia de praeſenti dicunt et conditionata vocant ſponſalia de futuro, quoniam LVTHERVS, in libello *von Ehe-Sachen* ſponſalia pura cum ſponſalibus de praeſenti et conditionata cum ſponſalibus de futuro comparabat hacque in re a ſummo viro theologi pariter ac iurisconſulti, puriori-bus ſacris addicti, discedere religioni ſibi ducebant. Solum vterque ſanctior coetus in eo conuenit, quod ſponſalia de praeſenti cum matrimonio comparant et ad ea adplicare ſe poſſe credunt, quicquid de hoc diuino pariter ac humano iure cautum eſt ac ſancitum; ſed neuter ad diuiſionem, abſurdam profecto ac ridiculam, tuen-

Digitized by Google

tuendam, prouocare poteſt ad ius Romanum. In illo ſponſalia, generatim dicta, ſecundum *L.* 1. *D. de ſponſal.* ſunt *mentio et repromiſſio futurarum nuptiarum* ideoque ſponſalia nuptias futuras ſupponunt. Quumque accedit, Romanos vti ab emtione pactum de emendo vendendo; ita quoque a ſponſalibus diſtinxiſſe matrimonium, hocque non ſolum ex modo dicta definitione ſponſaliorum; verum etiam ex *L.* 7. 9. 14. 15. 16. 17. *de ſponſal.* euidenter diſcimus: non potuerunt diſtinguere ſponſalia in ſponſalia de praeſenti et de futuro; niſi ſibi ipſi contradicere voluiſſent. Diſſentiunt Nic. Christ. Lynckervs, *anal. ad tit. D. de ſponſal. theſ.* 70. Vlric. Hvbervs, *libr.* 11. *digreſſ. cap.* 7. atque Mich. Gothofredvs Wernher, diſſ. *de vera ſponſaliorum de praeſenti et de futuro adplicatione* Vitemb. cIↃIↃCCLIX. hocque ideo potiſſimum faciunt, quod nec iure Romano inter ſponſalia ac nuptias verum adeſſe diſcrimen, ſupponunt; nobiscum autem conueniunt Christ. Wildvogel, diſſ. *de inutilibus ſponſaliorum diuiſionibus*, Ienae, cIↃIↃCCLXVIII. denuo recuſa, ac Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* XXIII. *tit.* 1. *vol.* II. p. 118.

§. II.

Quaecunque conditio, ſponſalibus adiecta, est impoſsibilis, illa vitiat ſponſalia.

Si conditio ſponſalibus adiicitur impoſſibilis, vel eſt phyſice; vel moraliter talis haecque vel ſcopo matrimonii repugnat; vel ei haud repugnat. Conditionem turpem, matrimonii ſcopo repugnantem, ſponſalia vitiare, ita in promtu eſt, vt nulla egeat diſputatione: eadem autem ratione reliquas conditionum impoſſibilium ſpecies efficere, vt ſponſalia obligandi virtute careant, adfirmamus. 1) Si quis in pactis ſub conditione ſaltem

se obligat, effectus obligationis semper suspenditur, donec conditio exiſtit ideoque reuera, si non exsistere potest, nunquam obligatur. 2) Sponsalia cogitare haud possumus multoque minus effectus ipsis tribuere licet; nisi adsit paciscentium consensus: illum autem adesse, vbi adiiciatur *conditio impossibilis natura talis*, nullo modo adserere possumus, propterea quod, qui sub eiusmodi conditione quidquam promittit, nihil agit, secundum §. 11. *I. de inutil. stipul* ac *L.* 31. *D. de obligation. et action.* atque ordinarie ille, qui ita consentit, magis dissentit; quam consentit; quis autem adfirmabit id de sponsalibus, quibus adiecta est conditio turpis? Quodcumque pactum, quod inuitet ad delinquendum per conditionem turpem, quam in se continet, est nullum, *L.* 27. §. 4. *D de pact.* Ea sponsalia itaque, quae conditionem turpem habent, non minus nulla sunt, quoniam semper desponsatos allicere possunt ad violandas leges, siue contra substantiam matrimonii pugnent; siue non ideoque etiam per consequentiam consensus est nullus, in eiusmodi sponsalibus. Huic iuri obedire debemus, quamdiu illi per ius canonicum haud est derogatum; sed illud non accidit per famosam legem, GREGORII VIIII. in *cap. fin. X. de condit. apposit. in desponsat.* quoniam in illa non de sponsalibus; sed matrimonio ipso est sermo hocque diuersis ex argumentis probari potest. Dissentiunt multi iurisconsulti catholici ob modo adlegatum textum iuris canonici iisque ex nostratibus adhaerent: CASP. ZIEGLERVS, *not. ad Lancellotum, libr.* II. *tit.* X. §. 9. BENED. CARPZOVIVS, *lib.* II. *iuris pr. eccleſiaſt. def.* 33. Io. BECHSTADIVS *de condit. sponsalior part.* II. *cap.* 8. p. 111. cum aliis: nobis autem suffragantur SAM. STRYCK de *diff. sponsalitio sect.* IV. *cap.* 1. §. 0. et SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* XXIII. *tit.* 1. *quaest.* 7. p. 122.

§. III.

Digitized by Google

§. III.

Sponſae priuilegium competit dotis, ſi eam ſponſo ante celebratas ſoluit nuptias.

1) Quae priuilegia in dotis fauorem mulieribus ſunt data, ea quoque ſibi adſcribere poteſt ſponſa. Clare hoc docet HERMOGENIANVS, *L. 74. D. de iur. dotium* qua condictioni, a ſponſa ad repetendam dotem inſtitutae, idem priuilegium tribuit, quod competit actioni, quam vxor hanc in rem inſtituit; generatim autem VLPIANVS *L. 17. §. 1. D. de rebus auctorit. iudicis poſſidendis* tradit, aequum eſſe, ſi ſponſa dedit dotem illamque, vbi nuptiis renunciauerit, repetit, hanc ad priuilegium admitti. 2) Tribuit quidem *L. 12. C. qui potiores in pignore*, ſi legis huius verba reſpiciamus, ius reale ſolum mulieribus; verumtamen veram rationem, ob quam conſtitutionem hanc datam eſſe leginus, ita comparatam eſſe inuenimus, vt haud minus adplicanda ſit ad ſponſas. Fouet hanc opinionem PAVL. IAC. FEVERLEIN, *comm. de priuilegio dotis ſponſae competente*, Helmſtadii, cIↃIↃCCLXXII. Aliud placet ob §. 12. *I. de nupt. L. vn. §. 1. C. de rei vx. act. L. 12. C. qui pot. in pignore* aliasque leges SAM. STRYCKIO, *vſ. mod. dig. tit. de tacito pignore §. VIII. p. 599.* IAC. THOMINGO *deciſ. XXXVI.* BENED. CARPZOVIO, *part. II. iurisprud. forenſis, conſt. XXIV. def. 5.* HARTM. PISTORIO, *obſerv. CX. num. 7.* WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIO, *colleg. theoret. practic. lib. XX. tit. II. §. 25. p. 62.* REINHARD. autem BACHOVIVS hac in re ita inconſtans eſt, vt, quum noſtram in ſententiam diſceſſerit in *not ad Weſenbecium, tit. de priuileg. creditor. num. 5. litt. e.* ei tamen repugnet in *vol. II. ad Trentler. diſp. XXIV. tit. VII. lit. b.*

§. VI.

Sponſalia pura posteriora ſponſalibus prioribus conditionatis haud ſunt praeferenda.

Vbi quis ſub conditione quidquam promittit haecque exiſtit, tempus ita retrotrahitur, vt ſtatim ab initio pure contraxiſſe videatur. Aſſumere hoc merito debemus de eo, qui ſub conditione ſponſalia celebrat: nonne vero ad tempus reſpicitur, vbi bina pura ſponſalia ſunt inita et quaeſtio in medium profertur, quaenam aliis antecedant? Neque hac in re ob comparationem, quam veteres inter ſponſalia ac matrimonium facerent, vna doctorum ſententia, vti vel minimum conſtat ex iis, quae proferunt Io. SCHNEIDEWIN, *part.* I. *num.* 37. IOACH. HOPPIVS, *comm. ad inſtitut. pr. I. de nuptiis:* Io. BROVWERVS, *de connubiis, libr.* I. *cap.* 31. *num.* 3. HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *intereſſe controuerſiar. cap.* III. §. 6.

§. VII.

Sponſalibus pure et recte initis, ad conſummandum matrimonium agi potest, si quoque mentium illorum post celebrationem haud sit praeterlapſum.

Si generatim certum eſt atque expeditum, inita conuentione ſtatim agi poſſe eam ad implendam, merito quoque id obtinet de ſponſalibus, propterea quod inter conuentiones omnino locum obtinent Aliud docet et quidem ob L. 17. *D.* et L. 2. *C. de ſponſal.* AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCXCIII. *med.* 9. ſed refragantur ipſi MICH. GODOFREDVS WERNHERVS, in *lectiſſ. commentat. ad digeſta, libr.* XXIII. *tit* I. §. 37. et Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſeruat. practicis ad Leyſeri meditat. tom.* III. *faſc.* I. p. 253.

§. VIII.

§. VIII.

Nuptiae impuberum neque iure Romano; neque iure protestantium sunt nuptiae, licet coitu sint firmatae.

Hoc loco iis de impuberibus nobis haud sermo est, qui generare nequeunt, quum nemo iurisconsultorum iis adhuc facultatem nuptiarum celebrandarum tribuit; neque vero eorum impuberum matrimonium valet, qui societatem, nuptiis similem, inierunt atque in ea liberos quoque procrearunt. Nam 1) VLPIANVS L. 9 *D. de sponsal.* duplici modo id testatum facit. Nuptiarum ante duodecimum annum collatarum meminit. Sub istis eas non solum intelligit, quae sunt in tempus dilatae, vt contra GVIL. BVDAEVM, *not. ad hunc loc.* ac ANDR. ALCIATVM *libr.* XII. *paverg. cap.* 7. tradit Io. SCHILTERVS, *exerc.* XXXVI. §. 5. cum aliis; sed de iis generatim statuit, illas solum esse sponsalia: immo sponsaliorum effectum iis denegat, si illa ipsis nuptiis non antecesserint, licet nuptiae deductione in domum essent consummatae. Idem tradit 2) hic iurisconsultus, *L.* 32. §. 27. *D. de donat. inter vir. et vxorem*, qua generatim pronunciat, impuberes nuptias celebrare non posse ac POMPONIVS, vbi scribit *L.* 4. *de ritu nuptiar.* minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam vxorem fore, quum apud virum expleuerit duodecim annos. Si 3) iura eiusmodi impuberum societati effectus matrimonii denegant; neque illam pro matrimonio reputari possumus; illud autem patet ex *L.* 68. *D. de iur. dot.* Perspicimus tandem idem 4) ex eo, quod matrimonium non sit; nisi sit societas; societas vero ab impuberibus iuri haud possit; neque sola procreatio sobolis, si quoque ea ab impuberibus peragi posset, sufficiat; sed accedere quoque debeat eiusdem educatio, ab im-

§. VI.

Sponſalia pura posteriora ſponſalibus prioribus conditionatis haud ſunt praeferenda.

Vbi quis ſub conditione quidquam promittit haecque exiſtit, tempus ita retrotrahitur, vt ſtatim ab initio pure contraxiſſe videatur. Aſſumere hoc merito debemus de eo, qui ſub conditione ſponſalia celebrat: nonne vero ad tempus reſpicitur, vbi bina pura ſponſalia ſunt inita et quaeſtio in medium profertur, quaenam aliis antecedant? Neque hac in re ob comparationem, quam veteres inter ſponſalia ac matrimonium facerent, vna doctorum ſententia, vti vel minimum conſtat ex iis, quae proferunt Io. SCHNEIDEWIN, *part.* I. *num.* 37. IOACH. HOPPIVS, *comm. ad inſtitut. pr. I. de nuptiis:* Io. BROVWERVS, *de connubiis, libr.* I. *cap.* 31. *num.* 3. HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *intereſſe controuerſiar. cap.* III. §. 6.

§. VII.

Sponſalibus pure et recte initis, ad conſummandum matrimonium agi potest, si quoque biennium illorum post celebrationem haud sit praeterlapſum.

Si generatim certum eſt atque expeditum, inita conuentione ſtatim agi poſſe eam ad implendam, merito quoque id obtinet de ſponſalibus, propterea quod inter conuentiones omnino locum obtinent Aliud docet et quidem ob L. 17. *D.* et L. 2. *C. de ſponſal.* AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCXCIII. *med.* 9. ſed refragantur ipſi MICH. GODOFREDVS WERNHERVS, in *lectiſſ. commentat. ad digeſta, libr.* XXIII. *tit* 1. §. 37. et Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſeruat. practicis ad Leyſeri meditat. tom.* III. *faſc.* I. p. 253.

§. VIII.

Google

§. VIII.

Nuptiae impuberum neque iure Romano; neque iure protestantium sunt nuptiae, licet coitu sint firmatae.

Hoc loco iis de impuberibus nobis haud sermo est, qui generare nequeunt, quum nemo iurisconsultorum iis adhuc facultatem nuptiarum celebrandarum tribuit; neque vero eorum impuberum matrimonium valet, qui societatem, nuptiis similem, inierunt atque in ea liberos quoque procrearunt. Nam 1) VLPIANVS L. 9. *D. de sponsal.* duplici modo id testatum facit. Nuptiarum ante duodecimum annum collatarum meminit. Sub istis eas non solum intelligit, quae sunt in tempus dilatae, vt contra GVIL. BVDAEVM, *not. ad hunc loc.* ac ANDR. ALCIATVM *libr.* XII. *parerg. cap.* 7. tradit Io. SCHILTERVS, *exerc.* XXXVI. §. 5. cum aliis; sed de iis generatim statuit, illas solum esse sponsalia: immo sponsaliorum effectum iis denegat, si illa ipsis nuptiis non antecesserint, licet nuptiae deductione in domum essent consummatae. Idem tradit 2) hic iurisconsultus, *L.* 32. §. 27. *D. de donat. inter vir. et vxorem*, qua generatim pronunciat, impuberes nuptias celebrare non posse ac POMPONIVS, vbi scribit *L.* 4. *de ritu nuptiar.* minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam vxorem fore, quum apud virum expleuerit duodecim annos. Si 3) iura eiusmodi impuberum societati effectus matrimonii denegant; neque illam pro matrimonio reputari possumus; illud autem patet ex *L.* 68. *D. de iur. dot.* Perspicimus tandem idem 4) ex eo, quod matrimonium non sit; nisi sit societas; societas vero ab impuberibus iuri haud possit; neque sola procreatio sobolis, si quoque ea ab impuberibus peragi posset, sufficiat; sed accedere quoque debeat eiusdem educatio, ab

§. VI.

Sponſalia pura posteriora ſponſalibus prioribus conditionatis haud ſunt praeferenda.

Vbi quis ſub conditione quidquam promittit haecque exiſtit, tempus ita retrotrahitur, vt ſtatim ab initio pure contraxiſſe videatur. Aſſumere hoc merito debemus de eo, qui ſub conditione ſponſalia celebrat: nonne vero ad tempus reſpicitur, vbi bina pura ſponſalia ſunt inita et quaeſtio in medium profertur, quaenam aliis antecedant? Neque hac in re ob comparationem, quam veteres inter ſponſalia ac matrimonium facerent, vna doctorum ſententia, vti vel minimum conſtat ex iis, quae proferunt Io. SCHNEIDEWIN, *part.* I. *num.* 37. IOACH. HOPPIVS, *comm. ad inſtitut. pr. I. de nuptiis*: Io. BROVWERVS, *de connubiis, libr.* I. *cap.* 31. *num.* 3. HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *intereſſe controuerſiar. cap.* III. §. 6.

§. VII.

Sponſalibus pure et recte initis, ad conſummandum matrimonium agi potest, si quoque biennium illorum post celebrationem haud sit praeterlapſum.

Si generatim certum eſt atque expeditum, inita conuentione ſtatim agi poſſe eam ad implendam, merito quoque id obtinet de ſponſalibus, propterea quod inter conuentiones omnino locum obtinent Aliud docet et quidem ob L. 17. *D.* et L. 2. *C. de ſponsal.* AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCXCIII. *med.* 9. ſed refragantur ipſi MICH. GODOFREDVS WERNHERVS, in *lectiſſ. commentat. ad digeſta, libr.* XXIII. *tit* 1. §. 37. et Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſeruat. practicis ad Leyſeri meditat. tom.* III. *faſc.* 1. p. 253.

§. VIII.

§. VIII.

Nuptiae impuberum neque iure Romano; neque iure protestantium sunt nuptiae, licet coitu sint firmatae.

Hoc loco iis de impuberibus nobis haud sermo est, qui generare nequeunt, quum nemo iurisconsultorum iis adhuc facultatem nuptiarum celebrandarum tribuit; neque vero eorum impuberum matrimonium valet, qui societatem, nuptiis similem, inierunt atque in ea liberos quoque procrearunt. Nam 1) VLPIANVS L. 9 *D. de sponsal.* duplici modo id testatum facit. Nuptiarum ante duodecimum annum collatarum meminit. Sub istis eas non solum intelligit, quae sunt in tempus dilatae, vt contra GVIL. BVDAEVM, *not. ad hunc loc.* ac ANDR. ALCIATVM *libr.* XII. *parerg. cap.* 7. tradit Io. SCHILTERVS, *exerc.* XXXVI. §. 5. cum aliis; sed de iis generatim statuit, illas solum esse sponsalia: immo sponsaliorum effectum iis denegat, si illa ipsis nuptiis non antecesserint, licet nuptiae deductione in domum essent consummatae. Idem tradit 2) hic iurisconsultus, *L.* 32. §. 27. *D. de donat. inter vir. et vxorem*, qua generatim pronunciat, impuberes nuptias celebrare non posse ac POMPONIVS, vbi scribit *L.* 4. *de ritu nuptiar.* minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam vxorem fore, quum apud virum expleuerit duodecim annos. Si 3) iura eiusmodi impuberum societati effectus matrimonii denegant; neque illam pro matrimonio reputari possumus; illud autem patet ex *L.* 68. *D. de iur. dot.* Perspicimus tandem idem 4) ex eo, quod matrimonium non sit; nisi sit societas; societas vero ab impuberibus iuri haud possit; neque sola procreatio sobolis, si quoque ea ab impuberibus peragi posset, sufficiat; sed accedere quoque debeat eiusdem educatio, ab im-

se obligat, effectus obligationis semper suspenditur, donec conditio existit ideoque reuera, si non existere potest, nunquam obligatur. 2) Sponsalia cogitare haud possumus multoque minus effectus ipsis tribuere licet; nisi adsit paciscentium consensus: illum autem adesse, vbi adiiciatur *conditio impossibilis natura talis*, nullo modo adserere possumus, propterea quod, qui sub eiusmodi conditione quidquam promittit, nihil agit, secundum §. 11. *I. de inutil. stipul* ac *L.* 31. *D. de obligation. et action.* atque ordinarie ille, qui ita consentit, magis dissentit; quam consentit; quis autem adfirmabit id de sponsalibus, quibus adiecta est conditio turpis? Quodcumque pactum, quod inuitet ad delinquendum per conditionem turpem, quam in se continet, est nullum, *L.* 27. §. 4. *D de pact.* Ea sponsalia itaque, quae conditionem turpem habent, non minus nulla sunt, quoniam semper desponsatos allicere possunt ad violandas leges, siue contra substantiam matrimonii pugnent; siue non ideoque etiam per consequentiam consensus est nullus, in eiusmodi sponsalibus. Huic iuri obedire debemus, quamdiu illi per ius canonicum haud est derogatum; sed illud non accidit per famosam legem, GREGORII VIIII. in *cap. fin. X. de condit. apos. in desponsat.* quoniam in illa non de sponsalibus, sed matrimonio ipso est sermo hocque diuersis ex argumentis probari potest. Dissentiunt multi iurisconsulti catholici ob modo adlegatum textum iuris canonici iisque ex nostratibus adhaerent: CASP. ZIEGLERVS, *not. ad Lancellotum, libr.* II. *tit.* X. §. 9. BENED. CARPZOVIVS, *lib.* II. *iuris pr. eccles. def.* 33. IO. BECHSTADIVS *de condit. sponsalior part.* II. *cap.* 8. p. 111. cum aliis: nobis autem suffragantur SAM. STRYCK de *diff. sponsalitio sect.* IV. *cap.* I. §. 0. et SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* XXIII. *tit.* I, *quaest.* 7. p. 122.

§. III.

Digitized by Google

§. III.

Sponſae priuilegium competit dotis, si eam ſponſo ante celebratas ſoluit nuptias.

1) Quae priuilegia in dotis fauorem mulieribus ſunt data, ea quoque ſibi adſcribere poteſt ſponſa. Clare hoc docet HERMOGENIANVS, *L. 74. D. de iur. dotium* qua condictioni, a ſponſa ad repetendam dotem inſtitutae, idem priuilegium tribuit, quod competit actioni, quam vxor hanc in rem inſtituit; generatim autem VLPIANVS *L. 17. §. 1. D. de rebus auctorit. iudicis poſſidendis* tradit, aequum eſſe, ſi ſponſa dedit dotem illamque, vbi nuptiis renunciauerit, repetit, hanc ad priuilegium admitti. 2) Tribuit quidem *L. 12. C. qui potiores in pignore*, ſi legis huius verba reſpiciamus, ius reale ſolum mulieribus; verumtamen veram rationem, ob quam conſtitutionem hanc datam eſſe legimus, ita comparatam eſſe inuenimus, vt haud minus adplicanda ſit ad ſponſas. Fouet hanc opinionem PAVL. IAC. FEVERLEIN, *comm. de priuilegio dotis ſponſae competente*, Helmſtadii, cIↃIↃCCLXXII. Aliud placet ob §. 12. *I. de nupt. L. vn. §. 1. C. de rei vx. act. L. 12. C. qui pot. in pignore* aliasque leges SAM. STRYCKIO, *vſ. mod. dig. tit. de tacito pignore* §. VIII. p. 599. IAC. THOMINGO *deciſ.* XXXVI. BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *iurisprud. forenſis, conſt.* XXIV. *def.* 5. HARTM. PISTORIO, *obſerv.* CX. *num.* 7. WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIO, *colleg. theoret. practic. lib.* XX. *tit.* II, §. 25. p. 62. REINHARD. autem BACHOVIVS hac in re ita inconſtans eſt, vt, quum noſtram in ſententiam diſceſſerit in *not ad Weſenbecium, tit. de priuileg. creditor. num.* 5. *litt.* e. ei tamen repugnet in *vol.* II. *ad Treutler. diſp.* XXIV. *th.* VII. *lit.* b.

§. IV.

Si minor contra ſponſalia restitutionem in integrum petit, non quidem ſolum ad aetatem ſuam prouocare potest; neque tamen ipsi opus est, vt ſpeciatim, ſe istis in ſponſalibus laeſum eſse, doceat.

Sola aetas minori beneficium hoc haud tribuit; ſed diſtinguere debemus, num ſit laeſus; nec ne? Priori in caſu habet reſtitutionem, minime poſteriori. Quod quum conſtat ex *L.* 9. *§.* 4. *D. de iureiurando*, extra dubium poſitum eſt membrum prius propoſitionis noſtrae; eadem vero ratione alterum certum eſt. Qui reſtitutionem contra ſponſalia petit, ille haud vult ea conſummare eique ſponſalia ipſa laeſionem maximam inferunt, quippe quae eius libertatem, aliud matrimonium ineundi, arctiſſimis limitibus circumſcribunt atque ita comparata ſunt, vt discors coniugium, quod ſummum hominis bonum obſeruante BROVWERO *tract. de iure connubior. libr.* I. *cap.* XV. adimit, efficiant, Ita neque cum IVST. HEN. BOEHMERO, *iur. eccleſ. libr.* IV. *tit.* I. *§.* 13. ſeqq. neque cum AVG. LEYSERO, *ſpec.* CCLXXXXV. *med.* 8. facimus.

§. V.

Siue ſponſalia minorum sint pura; ſiue conditionata, contra ea sine dubio restitutio in integrum locum habet.

Vbi 1) fragile et infirmum eſſe poteſt minorum conſilium et multis captionibus ſuppoſitum; neque minus multorum inſidiis expoſitum, ibi contra iſtas captiones reſtitutio in integrum obtinet, teſte *L.* 1. *pr. D. de minor.* verum enim vero idem quoque obtinere poteſt in ſponſalibus eamdemque ob cauſſam non minus contra illa

Digitized by Google

illa locum habet eiusmodi remedium. 1) Sponſalia referuntur iure ac merito inter conuentiones: contra has autem omnino obtinet reſtitutio in integrum, *L.* 7. §. *D. de minor.* Vbi porro reſtitutio quoque conceditur in negotiis, quae non; niſi difficulter retractari poſſunt: ea quoque locum inuenit in ſponſalibus; prius vero nemo profecto in dubium vocabit, vbi quis ponderat, reſtitui minores contra rem iudicatam, L. 1. C. *ſi aduerſus rem iudicat.* atque transactionem, ſecundum *L.* 1. *C. ſi aduerſus transact.* Nobiscum plures iurisconſultorum conſpirant, e quibus nominaſſe ſufficiat SAM. STRYCKIVM *ad not. Lauterbachium, tit. de minoribus*, p. 83. SIMON VAN LEVVEN, *in cenſura forenſi, part.* 1. *libr.* 1. *cap.* 11. *num.* 13. Io. VORTIVS, in *commentar. ad pandectas, libr.* XXIII. *tit.* 1. Io. HENR. BERGERVM, in *elect. proceſſus matrimonialis*, §. XVIII. atque IVST. HENNING. BOEHMERVM, *diſſ. de reſtitut. in integrum contra minorum ſponſalia*, quae *tom.* II. *exercitat. ad pandectas*, p. 561. exſtat ac *iur. proteſtantium eccleſiaſtico, libr.* IV. *tit.* 1. §. LXXIII. p. 1134. antiquiores autem iurisconſulti illis inprimis aduerſantur. Eminet inter illos SVORT. ODDVS, *de reſtitut. in integrum, part.* II. *quaeſt.* 59. *art.* 5. cum ipſius adſeclis: qui autem cum ipſis faciunt, reſtitutionem ideo inprimis contra ſponſalia denegant, quod in ſponſalibus obligatio ſit iuris diuini: contra matrimonium ipſum reſtitutio denegetur ac cum iſto merito comparari poſſint ſponſalia; ſponſalia pura ſint ſponſalia de praeſenti atque hoc loco deficiat aequitas; haec vero ſupponatur in quauis reſtitutione; neque minus laeſio in patrimonio hoc loco ceſſet atque ſimili ratione haud concedatur in datione libertatis.

§. VI.

§. VI.

Sponſalia pura posteriora ſponſalibus prioribus conditionatis haud ſunt praeferenda.

Vbi quis ſub conditione quidquam promittit haecque exiſtit, tempus ita retrotrahitur, vt ſtatim ab initio pure contraxiſſe videatur. Aſſumere hoc merito debemus de eo, qui ſub conditione ſponſalia celebrat: nonne vero ad tempus reſpicitur, vbi bina pura ſponſalia ſunt inita et quaeſtio in medium profertur, quaenam aliis antecedant? Neque hac in re ob comparationem, quam veteres inter ſponſalia ac matrimonium facerent, vna doctorum ſententia, vti vel minimum conſtat ex iis, quae proferunt Io. SCHNEIDEWIN, *part.* I. *num.* 37. IOACH. HOPPIVS, *comm. ad inſtitut. pr. I. de nuptiis:* Io. BROVWERVS, *de connubiis, libr.* I. *cap.* 31. *num.* 3. HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *intereſſe controuerſiar. cap.* III. §. 6.

§. VII.

Sponſalibus pure et recte initis, ad conſummandum matrimonium agi potest, si quoque biennium illorum post celebrationem haud sit praeterlapſum.

Si generatim certum eſt atque expeditum, inita conuentione ſtatim agi poſſe eam ad implendam, merito quoque id obtinet de ſponſalibus, propterea quod inter conuentiones omnino locum obtinent Aliud docet et quidem ob L. 17. *D.* et L. 2. *C. de ſponsal.* AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCXCIII. *med.* 9. ſed refragantur ipſi MICH. GODOFREDVS WERNHERVS, in *lectiſſ. commentat. ad digeſta, libr.* XXIII. *tit* I. §. 37. et Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſeruat. practicis ad Leyſeri meditat. tom.* III. *fasc.* I. p. 253.

§. VIII.

§. VIII.

Nuptiae impuberum neque iure Romano; neque iure protestantium sunt nuptiae, licet coitu sint firmatae.

Hoc loco iis de impuberibus nobis haud sermo est, qui generare nequeunt, quum nemo iurisconsultorum iis adhuc facultatem nuptiarum celebrandarum tribuit; neque vero eorum impuberum matrimonium valet, qui societatem, nuptiis similem, inierunt atque in ea liberos quoque procrearunt. Nam 1) VLPIANVS L. 9. *D. de sponsal.* duplici modo id testatum facit. Nuptiarum ante duodecimum annum collatarum meminit. Sub istis eas non solum intelligit, quae sunt in tempus dilatae, vt contra GVIL. BVDAEVM, *not. ad hunc loc.* ac ANDR. ALCIATVM *libr.* XII. *paverg. cap.* 7. tradit Io. SCHILTERVS, *exerc.* XXXVI. §. 5. cum aliis; sed de iis generatim statuit, illas solum esse sponsalia: immo sponsaliorum effectum iis denegat, si illa ipsis nuptiis non antecesserint, licet nuptiae deductione in domum essent consummatae. Idem tradit 2) hic iurisconsultus, *L.* 32. §. 27. *D. de donat. inter vir. et vxorem*, qua generatim pronunciat, impuberes nuptias celebrare non posse ac POMPONIVS, vbi scribit *L.* 4. *de ritu nuptiar.* minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam vxorem fore, quum apud virum expleuerit duodecim annos. Si 3) iura eiusmodi impuberum societati effectus matrimonii denegant; neque illam pro matrimonio reputari possumus; illud autem patet ex *L.* 68. *D. de iur. dot.* Perspicimus tandem idem 4) ex eo, quod matrimonium non sit; nisi sit societas; societas vero ab impuberibus iuri haud possit; neque sola procreatio sobolis, si quoque ea ab impuberibus peragi posset, sufficiat; sed accedere quoque debeat eiusdem educatio, ab im-

impubere haud exſpectanda. Inter eos, qui ſententiam meam, omnino receptam, adprobant, referendi quoque ſunt IVST. HENNING. BOEHMERVS, *introduct. in ius digeſtorum, tit. de ritu nupt.* §. 2. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCLXXXXVII. *med.* 7. et HENR. BROVWERVS *de iure connubior. libr.* II. *cap.* 3. p. 343. iis tamen certo modo repugnare videtur FRID. L. B. DE WOLLZOGEN, *diſſ. de cõnubiis infantum inter illuſtres maxime frequentatis*, Ienae, CIↃIↃCCXXIV. *cap.* III. §. 6. p. 60.

§. IX.

Nuptiae conſobrinorum iure ciuili non ſunt vetitae; ſed potius permiſsae.

Conſtat hoc non ſolum ex iure codicis, nimirum *L.* 19. *C. de nuptiis* verum etiam ex *§.* 4. *I. de nuptiis.* Prius effatum clare hoc indicare, nemo negabit. Neque vero id de poſteriori in dubium vocare poſſumus. Nam 1) antequam inſtitutionum libri componerentur, ANASTASIVS, *L.* 19. *C. de nuptiis* euidenter id ſanxit; eius autem conſtitutionem ante Iuſtinianum; aut ab illo; antequam inſtitutiones conſcribendas curauit, abrogatam eſſe, non conſtat. Merito itaque factum id haud eſſe, praeſumere atque ex eo, idem quoque traditum eſſe in inſtitutionibus, colligere debemus. 2) Iuſtinianus quum §. 3. *I. de nuptiis* tradit, neminem poſſe fratrem; aut ſororis neptem vxorem ducere, *quamuis quarto gradu ſint*, ſatis luculenter per id nobis indicat, ordinarie eos, qui quarto gradu conſanguineitatis vinculo ſunt iuncti, iungi poſſe; ſed illud haud fieri poſſet, ſi liberis duorum fratrum; aut ſororum matrimonium celebrare haud liceret. Neceſſe itaque eſt, vt, poſterius licere, ſtatuamus, ſecundum §. 4. *Inſtit. de nuptiis.* Opponitur 3) matrimonium conſobrinorum nuptiis cum fratris; vel vxoris filia, de quibus ſermo

eſt

eſt §. 3. *I. eiusd. tit.* Prohibentur ibi illae. Quid quaeſo itaque aliud ex eo ſequitur, quam vt ſit permiſſum iſtud matrimonium, quod duos inter conſobrinos celebratur? Diſſentit inter antiquiores THEOPHILVS, quum in *paraphraſi inſtitutionum* §. 3. ἐ δυνανται habet, licet CAROL. ANN. FABROTVS, in notis editionis ſecundae THEOPHILI, ab ipſo in lucem emiſſae, p. 43. particulam hanc aliena manu irrepſiſſe, animaduertat; ex recentioribus autem ob memoratum effatum THEOPHILI aeque ac CAIVM, *libr.* I. *inſtit. tit.* IV. §. 6. ac auctoritatem librorum ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, *tom.* IV. p. 284. FRANC. HOTTOMANNVS, *commentar. ad inſtit. h. l.* IAC SIRMONDVS, *quaeſtione triplici, de §. ducendorum fratrum tom.* IV. *operum* eius, p. 262. ac GEORG. D'ARNAVD, *libr.* I. *coniecturar. cap.* 23. ab his autem alieni ſunt IAC. GOTHOFREDVS, *diſſ.* de *nuptiis conſobrinorum, cum opere Philoſtorgiano*, ann, cIↃIↃCXXXII. primum edita et denuo in eius *opuſculis minoribus*: LVGD. BATAV. cIↃIↃCCXXXIII. recuſa p. 609. EVERARD. OTTO, *diſſert. iuris publici et priuati, part.* I. *diſſ.* II. Io. GVIL. MARCKARDVS, *receptar. lection. iuris, libr.* II. p. 40. et GVIL. OTTO REITZIVS, *excurſ. ad Theoph.* X. *art.* 6. *tom.* II. *edit. Theophilin.* p. 1195.

§. X.

Conualeſcunt nuptiae liberorum, ſine parentum conſenſu initae, per illarum ratihabitionem ſubſequentem, ea ratione, vt liberi, etiam ante illam procreati, ſint legitimi.

1) Si certum eſt, ſubſequentem ſignationem tabularum dotalium efficere potuiſſe, vt liberi ante eam, in concubinatu nati, fierent legitimi hicque pro matrimonio, ſtatim ab initio reputaretur, licet eiusmodi ſigna-

ſignatio ad ſolemnia referatur, quibus nuptiae celebrantur, merito quoque de conſenſu patris ſubſequente id ſtatuimus, quamuis eam leges praecedere ordinarie velint. Sed prius conſtat ex *L.* 11. *C. de natural. liberis* ac §. *fin. Inſt. de nuptiis.* 2) Omnis ratihabitio retrotrahitur ac confirmat ea, quae ab initio ſunt ſubſecuta, *L.* 7. *C. ad SC. Macedonian. L.* 16. *D. de iudiciis L.* 25. *C. et L.* 1. §. 14. *D de vi et vi armata. de donat. inter vir. et vxorem* ac *L.* 16. §. 2. *D. de pignor. L.* 12. *C. de nuptiis* ſolum requirit, vt conſenſus parentum accedat; ille autem non minus ratihabitione, vbi tempus praeteritum; quam iuſſu ac auctoritate declaratur, vbi tempus praeſens ſpectamus ac futurum, ſcite obſeruante MARC. LYCKLAMA a NIEHOLT, *libr.* VII. *membranar. ecclog.* 18. 4) ALEXANDER clare loquitur *L.* 5. *C. de nupt.* de nepote, qui in nuptiis ſine conſenſu patris initis ante illarum ratihabitionem, ab eo factam, eſt procreatus; eum autem ab auo agnoſcendum eſſe ſtatuit, ſi matrimonium adhuc ratum habet. Aliud placet ob *L.* 11. *D. de ſtatu hom. L.* 13. *D. de his qui infamia not. L.* 10. §. 6. *ad L. Iul. de adult. L.* 65. §. 1. *D. de rit. nupt. pr.* §. *pen. I. de nuptiis ac L.* 6. *C. de nupt.* HELFR. VLRIC. HVNNIO, *reſolut. iuris ciuil. libr.* I. *tractat.* III. p. 146. FRANC. HOTTOMANNO, *quaeſt. illuſtr.* 9. IAC. CVIACIO, *libr.* III. *obſerv. iuris ciuil. cap.* 5. ANT. CONTIO, *libr.* I. *diſput.* 7. FRANC. CONNANO, *libr.* VIII. *comment iuris ciuil. cap.* 4. ARNOLD. VINNIO, *comm. ad inſtit. iuris ciuil. tit. de nuptiis*, p. 60. WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIO, *colleg. theor. practic. tom.* II. p. 470. HENR. BROVWERO, *de iure connubior., libr.* 1. *cap.* 7. Io. HENR. BERGERO *reſolut. leg obſtant.* p. 528. atque alii; ſed nobiſcum conueniunt: VLRIC. HVBERVS, *praelect. iuris ciuil. tom.* 1. *tit.* 3. *de nupt.* n. 10. p. 29. CHRIST. THOMASIVS,

SEVS, *diff. de validitate coniugii, inuitis parentibus contracti*, §. XVII. in *diff.* eius *Lipſienſibus*. p. 1190. et GEORG. LVD. BOEHMERVS, *in elect. iuris ciu. tom.* I. *diff.* XVI. *cap.* I. §. 22. p. 668.

§. XI.

Conſenſu patris filia emancipata haud indiget, vbi nubat.

1) Vbi patria poteſtas ceſſat, ibi ceſſat ex ſententia iuris Romani fundamentum conſenſus paterni in liberorum nuptiis adhibendi, teſtibus *L.* 25. *D. de ritu nuptiarum* ac *pr. I. de nupt.* filia autem emancipata non exiſtit ſub patria poteſtate. 2) Si non licet patri ſponſo nuntium remittere, vbi filia emancipata eſt; ſiue, quod idem eſt, diſſenſu ſuo matrimonium impedire, neque poſcere poteſt pater, vt filia conſenſum eius impetret; antequam nuptias celebret; ſed prius docet VLPIANVS, L. 10. *D. de ſponſalibus.* A filiis hoc loco argumentari licet ad filias; iis autem claris verbis *L.* 25. *D. de ritu nuptiar.* permittit, vxorem ducere ſine conſenſu patris, quibus accedunt L. 18. *C. de nupt.* et L. 3. §. 5. *de bonor. poſſ. contra tabul.* Aliud ſtatuit ob *L.* 18. et 20. *C. de nuptiis* HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *reſolut. var. libr.* I. *tract.* III. p. 137. cum aliis.

§. XII.

Sine patris conſenſu contractae nuptiae non ſolum ſunt iniuſtae; ſed etiam nullae.

1) Imperator *pr. I. de nuptiis* prius haud nuptias a filiis familias contrahi tradit, quam ſi muniti ſint patris conſenſu. Vbi 2) matrimonium eſſet verum, quod celebratur ſine conſenſu patris, puella ſine dubio committere poſſet ex ſententia iuris Romani adulterium,

Digitized by Google

quae hoc modo iuncta esset cum marito; sed negat hoc L. 6. §. 7. *D. ad leg. Iul. de adulteriis.* 3) PAPINIANVS, L. 68. *D. de iur. dot.* claris verbis scribit, nuptias non esse, quae celebrantur ignorante initio patre. 4) Praecipit euidenter imperator liberis, matrimonium inituris, vt patris consensum impetrent, vt iam monui, hisque traditis, §. 12. I. *de nupt.* neque virum, neque vxorem, nec nuptias, nec matrimonium intelligi iubet, si qui aduersus ea, quae dixit, coierint. Tandem 5) nuptias consistere non posse tradit PAVLLVS, L. 2. *D. de ritu nuptiar.* si non consentiant omnes, qui nimirum coeunt quorumque hi in potestate sunt. Dissentiunt ob effatum PAVLLI, *libr.* II. *sent. tit.* XIX. IAC. CVIACIVS, *libr.* III. *obseruat. iuris ciuilis atque emendat. cap.* IV. p. 66. CAR. HAN. FABROTVS *ex.* XI. *tom.* III. *thes. iur. Rom.* p. 1216. FRANC. HOTTOMANNVS, *quaest. illustr.* IX. atque ANT. GVILH. COSTANVS, *tract. de matrimon.* p. 186. ac *libr.* III. *quaest. iur. ciuil. cap.* 12. Nobiscum autem faciunt CHRIST. THOMASIVS, diss. de *validitate coniugii inuitis par. contracti*, §. XIX. *tom.* I. *dissertat.* p. 650. VLR. HVBERVS, *libr.* I. *digress. cap.* 15. HENR. CHRIST. STRYKIVS, *interesse controuersiarum*, *cap.* III. p. 52. Io. PETR. DE LVDEWIG *diss. iuris Rom. ac Germanici in connubiali imperio consensuque parent.* Hal. CIↃIↃCCXXI. ac GEORG. LVD. BOEHMERVS, in *elect. iur. ciuil. tom.* I. p. 664.

§. XIII.

Licet curatorum consensum minores ex multarum hodiernarum legum sanctione adhibere debeant in sponsalibus; eo tamen ipsis iure Romano haud opus erat.

1) Cui

1) Curatorem rei; non vero perſonae dari, quum traderent Romani, ſatis euidenter docebant, eas tantum minorum actiones curatorum poteſtati eſſe ſubiectas, quae ad ipſorum res ac facultates pertinebant; ſed ad illas referre haud poſſumus minorum deſponſationes. 2) Ad officium curatoris non pertinere, vtrum nubat puella; nec ne? tradit PAVLLVS, *L.* 20 *D. de ritu nuptiar.* ſed euidentius id prodit adhuc reſcriptum SEVERI atque ANTONINI, quo actum nubendi adminiſtrationi rerum pupillae opponunt eumque ſoli ipſius arbitrio relinquendum eſſe, exiſtimant. 3) Idem tandem patet ex L. 8. *C. de nuptiis*, quum non ſolum curator ibi aliis adiungitur, qui nuptias contrahere nequeunt; ſed etiam ratio adiicitur, propterea quod ſolam rei familiaris ſuſtineat adminiſtrationem. Diſſentit et aliam in ſententiam diſcedit praeter eos, qui in L. 20. D. *de vit. nupt.* lectionem Florentinam; minime tamen iure, vt recte animaduertit SIGM. REICH. IAVCHIVS, *de negat. pandect. Florentin. cap.* IV. p. 24. probant, CASP. ACHAT. BECKIVS, diſſert. *de ſponſalibus minorum, ſine conſenſu curatorum non contrahendis*, Ienae, cIↃIↃCCXVIII. Qui ei adhaerent, illud faciunt ob memoratam lectionem aeque ac argumentum, a tutoribus ductum; nobiscum vero facit GOTTL. AVG. IENICHEN, de *neceſſario conſenſu tutorum ac curatorum in ſponſal. minorum*, *Lipſ.* cIↃIↃCCXXX. Adiecit eam diſſertationem *tom.* XI. *meditat.* LEYSERI p. 25.

§. XIV.

Matrimonium neque iure Romano; neque hodierno cogitari potest; nisi ad procreandam atque educandam ſobolem ineatur.

De iure Romano certum eſt, eius ex ſententia procreationem liberorum eſſe ſcopum matrimonii primarium, vti partim ex eo concludimus, quod in maſculo

pubertatem: in femina viripotentiam ſuppoſuerint, vbi matrimonium ſit ineundum; partim autem ex definitione nuptiarum, in L. 1. D. *de ritu nuptiarum* ſuppeditata. Neque vero aliud recentiore aetate eſt ſtatuendum. Nam 1) deus matrimonium, vt genus humanum procrearetur, introduxit, Geneſ. 1, 28. Vbi 2) denique ſobolis procreatio vnicus ille matrimonii finis eſt, extra matrimonium haud obtinendus, ſine illo matrimonium haud cogitari poteſt. Iſtam propoſitionem nemo in dubium vocabit, quum reuera procreatio liberorum eſſentiale hoc modo eſt nuptiarum haeque vt ceſſent, oportet, ſi pars earum ceſſet eſſentialis; quis vero finem matrimonii alium nominare poteſt, qui extra illud haud obtineri poſſet? Aliud ſtatuunt, quoniam plures matrimonii fines cogitari poſſe putant, HIERON. DELPHINVS *tractat. de eunuchi matrimon.* CIↃIↃCLXXV. AVG. LEYSER, *ſpec.* CCLXXXXVIII. *med.* 5. atque CAROL. FERD. HOMMELIVS, *in matrimonio ſine propoſito liberos procreandi legitimo*, Lipſ. CIↃIↃCCLXIV.

§. XV.

Locupleti filiae pater dotem non conſtituere debet.

1) Dotem ad alimenta referri ſolere, quae patēr debeat, nemo in dubium vocabit; alimenta autem ſolum in ſubſidium debentur, ſi is, qui illa poſcit, ipſe nihil habet, vnde viuat, ſecundum L. 5. §. 7. *D. de agnoſcend. vel alendis liberis.* 2) Quum leges ſolum in dubio patrem ſuis ex facultatibus dotem conſtituiſſe cenſent, ſi filia bona paterna; aut materna non poſſideat, per id haud obſcure nobis ſignificant, iſtum quoque dotem conſtituere poſſe ex propriis bonis filiae familias, ideoque ſimul patrem tacite liberant a neceſſitate, filiam familias locupletem dotandi; *L. 7. C. de dotis promiſſ.* 3) Ceſ-

Digitized by Google

5) Ceſſante denique ratione ceſſare quoque legem, quis eſt, qui neſcit? Cauſſam autem ceſſare, ob quam lex, patri neceſſitatem dotandi imponens, ſit lata, ſtatim adparet ex L. 19. *D. de R. N.* ſi quidem ideo ſaltim pater filiam dotare iubetur, ne occasionem perdat nubendi; eius autem filia locuples expers haud erit, licet non ſit dotata. Aliud ob *L. fin. C. de dot. promiſſ.* et *L.* 19. *D. de ritu nupt.* neque minus ob comparationem dotis cum legitima atque L. 1. *D. ſolut. matrim quemad. dos petat.* ſtatuunt: IOACH. BEVSTIVS, *de iur. connubiorum, libr.* III. *cap.* 4. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 95. n. 4. ANTON. PEREZ, *comm. codicis de dotis promiſſ. num.* 8. EVERHARD. BRONCHORSTIVS, *libr.* III. *enantioph. adſert.* 14. HERM. VVLTEIVS, *conſil. Marpurg. vol.* II *conſil.* 49. Io. SICHARDVS, *ad L. ult. C. de dotis promiſſ.* eos autem copioſe refutant ARNOLD. VINNIVS, *libr.* II. *quaeſt. iur. cap.* 14. Io. HENR. BERGER, *leg. obſtant. libr.* XXIII. *tit.* 3 *quaeſt.* 3. SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* XXIII. *tit.* III. *quaeſt.* 3. p. 157. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCIII. *med.* 10. CAR. GOTTL. KNORRIVS, *de dote filiae locupletis*, Halae CIↃIↃCCLVI. ac CAR. ADOLPH. DE BRAVN, *ob der Vater der reichen Toehter ein Heyrathsgut ausſetzen müſſe?* in Io. CHR. SIEBENKEES *iuriſt. Magazin*, *Band* I. p. 254.

§. XVI.

Emancipatam filiam pater dotare non tenetur.

Si pater neceſſitate eſſet adſtrictus ad dotandam filiam, quam emancipauit, haud quaeſtionem in medium proferre potuiſſet PAPINIANVS, L. 5. §. 12. *D. de iure dotium*, num is, qui curam filiae emancipatae gereret eique ſimul dotem conſtitueret, hoc tamquam pater; an potius tamquam curator fecerit; ſed reuera eam in medium protulit ac ſimul in iſta decidenda du-

bium ſe oſtendit atque ancipitem. Quum 2) teſte Iuliano, L. 44. *pr. D. de iure dotium* pater emancipatae filiae dotem, quam ipſe ante emancipationem promiſerat, exſoluere debet, ſponte ex eo ſequitur, vt, ſi haec non ſit promiſſa ante emancipationem, nec promittenda ſit, ea iam facta. 3) Lex Iulia ſolum de liberis, quos quis habet in poteſtate, cauit, vt eos pater dotet, L. 19. *D. de R. N.* emancipatos autem in poteſtate pater non habet. 4) Si quis dotare non debet liberos, qui nunquam fuerunt in poteſtate: neque id adfirmandum eſt de iis, qui ex ea exierunt; ſed prius patet ex L. 8. *C. de natural. liber.* 5) Si emancipatus a patre eſſet dotandus, neceſſe eſſet, vt liberi quoque dotem exſpectare poſſent a matre; verum enimuero iſta a neceſſitate, liberos dotandi, eſt libera, ob L. 14. *C. de iure dotium.* Diſſentiunt ob L. 5. §. 11. *D. de iure dot.* ac L. *fin. C. de dot. prom.* Georg Ac. Enenckelius, *de priuil. parent. cap* 1. Sam. Stryckius, *vſ. mod. tit. de iure dotium, tom.* III. p. 172. Sam. de Cocceii *iur. controu. libr.* XXIII. *tit.* III. p 156. ad noſtram autem ſententiam deflectunt: Io. Iac. Wissenbachius, *part.* I. *diſp.* 46. Ant. Perez ad *cod. de dot. prom.* n. 5. Arnold. Vinnius, *libr.* II. *quaeſt. iuris cap.* XIV. Lud. Mencke *gymnaſ. pol. iuris, diſp.* IX. p. 156. et Car. Gottl. Knorrius, *diſſ. de dote filiae locupletis*, §. 11. p. 10. quibus addas: Io. Conrad. Stieglitzium, *de neceſſitate patris, conditionem filiabus quaerendi*, ad L. 19. *D. de R. N.* Halae, cIↃIↃCCLVII. et Focco Sytzes Reiding, ad L. 19. *D. de R. N.* Franequerae, cIↃIↃCCXLVII. Exſtat in Gerh. Oelrichs, *theſ. diſſ. iurid. vol.* I. *tom.* II. p. 265.

§. XVII.

Conſummato matrimonio pater dotem filiae conſtituere non debet.

Quum

Quum obligatio patris, filiam dotandi, folum fundata eſt in *L.* 19. *D. de R. N.* iſta merito ceſſare debet, vbi ratio legis huius ceſſat. Haec ſolum in eo ponitur, quod filiae, quae haud dotantur, non facile inueniant occaſionem nubendi. Vbi itaque filia matrimonium inire potuerit, licet dotem haud habuerit, dotem a patre poſcere neqnit. Aliud tradit ea potiſſimum ex ratione, quod, ipſa ex lege patris obligatio dotandi filiam ſit repetenda Io. HENR. BERGER, *oeconom. iuris, libr.* I. *tit.* III. *theſ.* 10. *not.* 5. ſed cum nobis conſentit BENEDICT. CARPZOV, *deciſ.* XVI. p. 33.

§. XVIII.

Frater ſororem non dotare debet.

Quas quis feminas neque procreauit; neque ſub poteſtate habet, eas nec dotare illum oportet, vti conſtat ex L. *fin. C. de dotis promiſſ.* ac L. 19. *D. de ritu nuptiar.* 2) Erat quidem haud inuſitatum fratribus apud Romanos, dotare ſorores, vti patet ex PLAVTO, *Trinumm. act.* III. *ſcen.* II. *n.* 12. ac L. 12. §. 5. *D. de adminiſtrat tutelae*; verum non lex adfuit, quae fratres neceſſitate dotis conſtituendae adſtringeret. Aliud cenſent ob modo adlegatam L. 12. §. 3. *D. de adminiſtrat. tut.* Io. CAMPEGIVS, *de dote quaeſt.* XXIII. PETR. MVLLERVS *ad Struu. exerc.* XXX. *theſ.* 3. ANTON. PEREGRINVS, *de fideicommiſſis, art.* 42. *num.* 50. REINH. BACHOVIVS, *ad Treutlerum, vol.* II. *diſſ.* VIII. *theſ.* 3. WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIVS, *colleg. theoret. practic. tom.* II. *tit.* D. *de iure dotium.* §. 17. p. 475. noſtram autem ſententiam amplectitur cum aliis Io. HENR. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtant.* p. 540.

§. XIX.

Dotis promiſſio indeterminata valida est, licet ſit facta ab extraneo.

Si quis dotis loco daturum ſe eſſe promittit, quodcunque arbitratus erit, validum peragit negotium ex ſententia L. 3. *C. de dot. promiſſione.* 2) Idem tradit PAPINIANVS, L. 69. §. 4. *D. de iure dotium.* Nominat quidem ſolum ſocerum, qui genero ſuo promiſerit dotem; ſed rationem ſententiae huic ſubiicit, quae ad extraneum eodem iure adplicari poteſt; quo eam referre ſolemus ad generum. Qui diſſentiunt cum HARMENOPVLO, *libr.* IV. *promtuar. tit.* 8. §. 44. ANTON. PEREZ, *not. in tit. cod. de dotis promiſ. num.* 4. PETR. WESENBECIO, *paratitl. dig. de iure dotium*, §. 5. GE. AD. STRVVIO, *euolut. controuerſiarum, exerc.* XXX. p. 409. ac PETR. MVLLERO, *comm. ad Strum. ſyntagm. iuris ciuilis, tom.* II. *exerc.* XXX. *theſ.* VI. *not.* V. p. 429. inprimis ad L. 1. *C. de dotis promiſſ.* prouocare ſolent; ſed noſtrae ſententiae ſubſcribit REINH. BACHOVIVS, ad *Weſenbecium, num.* 5.

§. XX.

Dos ab vxore priori marito illata, posteriori in matrimonio renouata haud cenſetur.

1) Generatim PAVLLVS regulam tradit, dotem, quae in prius matrimonium data eſt, non aliter conuerti in poſterius matrimonium; quam quum hoc agitur, L. 30. *D. de iur. dot.* Quum 2) regulae maius firmamentum conciliatur per exceptionem in casibus non exceptis, etiam huic robur accedere videmus, dum ſolum in matrimonio, inter coniuges, iurgio ſeparatos, reſtaurato dotem tacite renouari traditur L. 30. et 31. *D. de iur. dot.* 3) IAVOLENVS dein *L.* 64. *D. de iur. dot.* de muliere

Digitized by Google

liere, quae poſt diuortium alii viro nupſit, hocque mortuo, primo cum marito nuptias reſtaurauit, ſolum in renouatis nuptiis dotem, quum eam huic marito intulit, redintegratam eſſe ſcribit. 4) Dos per ſe non fit; ſed conſtituitur, L. 9. §. 1. *D. de iur. dot.* conſtitutio autem dotis factum eſt, quod nunquam praeſumitur; niſi leges id clare volunt. Diſſentiunt: Io. PETR. PLOTVS, *de in litem iurando* §. XI. *nr.* 6. Io. FABER, *cod. Sabaud. libr.* V. *tit.* VII. *def.* 18. STEPHANVS, GRATIANVS *diſceptat. forenſ. part.* II. *conſt.* XVI. *def.* II. Io. BRVNNEMANNVS, *comm. ad L.* 30. *D. de iur. dot.* et potiſſimum ad *L.* 30. 31. ac 40. *D. de iur. dot.* prouocant; ſed contra omnes hos pugnat Io. CHRIST. SCHROETERVS *de dote in ſecundo matrimonio tacite renouata*, Ienae, cIↃIↃCCXXIII.

§. XXI.

Pacta dotalia mixta per procuratorem iudici offerri nequeunt.

Supponimus hoc loco, coniuges eo animo pacta dotalia iniiſſe, vt ſint mixta, vltimamque nimirum voluntatem parentum mutuam in ſe contineant: ab ea quilibet coniugum ſine alterius conſenſu recedere queat ideoque ea teſtamenti naturam induant. Quod ſi hoc factum, vti fieri poſſe, nemo negabit, qui rerum forenſium peritus ſit: pacta dotalia teſtamenta ſunt, vti ENGAVIVS, *elem. iuris Germanici libr.* I. *tit.* XIII. §. 343. cum aliis monſtrauit: quaecunque vero inſtrumenta teſtamentorum in cenſum veniunt, iudici per procuratorem offerri nequeunt. Quod quum infra copioſius docebimus, ſolum monemus, nobis aduerſari iis ex rationibus, ex quibus demonſtrare ſtudent, teſtamentum quoque per procuratorem tradi poſſe, BENED. CARPZOVIVM, *part.* II.

conſt. XLIII. *def.* 3. et 4. AVG. LEYSERVM, *ſpec.* CCCX. *num.* 9. et inprimis V. C. GOTTFR. DAN. HOFMANNVM, *obſeruat. teſtamentariis, obſ.* IV. p. 19.

§. XXII.

Res, quam maritus pecunia dotali ſibi comparat, per id non sit dotalis.

1) Regula in iure eſt fundata, quod, qui aliena pecunia quidquam emit ſuo nomine, non faciat rem illius, cuius pecunia eſt; ſed ſibi eam adquirat L. 6. *C. de R. V.* L. 1. *et* L. 8. *C. ſi quis alteri; vel ſibi.* 2) Clare hoc tradunt DIOCLETIANVS ac MAXIMINIANVS, *L.* 12. *C. de iur. dotium*, qua fundum ex pecunia dotali a marito comparatum, vxori eius haud adquiri ſcribunt. Docet hoc porro 3) *L.* 55. *D. de donat. inter virum et vxorem*, lex, in qua aduerſae ſententiae patroni praeſidium potiſſimum collocant euidenti modo, quum haud dominium eiusmodi rei tribuit vxori; ſed ſolum actionem in rem vtilem, quae cogitari tamen poteſt; licet ſit res aliena. 4) Quaecunque res ſolum dotalis eſſe videtur, illa dotalis haud eſt; ſed L. 54. *D. de iur. dotium* ſolum de re, pecunia dotali comparata, adfirmat, eam tantum videri pecuniam dotalem. Aliter idque in primis ob *L.* 54. et 62. *D. de iure dot.* ac L. 21. *D. de pact. dotal.* ſentiunt: HARMENOPVLVS *libr.* VIII. §. 29. et SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXIII. *tit. quaeſt.* 7. p. 159. Io. PAVLL. SLEVOGT de *rei dotalis pecunia comparatae vindicatione*, Ienae, CIↃIↃCLXXXVIII. ſed nobis ſuffragantur iurisconſulti Vitembergenſes apud Io. HENR. BERGERVM *elect. discept. for.* p. 785. LVD. MENCKE, in *gymnaſio polemico*, p. 157. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCIV. *med.* 4. ſq. quibuscum conferendus eſt

FRANC.

FRANC. GVIL. ROMANVS, in progr. *vtrum res pecuniae dotali emtae fiant dotales*, Lipſ. clɔlɔccLvii.

§. XXIII.

Bona in dubio dotalia non praeſumuntur, siue sint illata ante matrimonium; siue postea id sit factum.

Dos cogitari nequit; niſi eum in finem ab vxore marito inferatur, vt ad ſuſtentanda matrimonii onera inſeruiat; hoc autem eſt factum, quod merito ſit probandum; nec praeſumi poteſt. Aliud placet ob L. 23. 70. cc 76. *D. de iure dot.* MATTH. COLERO, *part.* I. *deciſ.* 37. HARTM. PISTORIS, *obſ.* 46. BENEDICT. CARPZOVIO, *part.* I. *conſtit.* XXVIII. *def.* 88. et 89. ac *libr.* V. *reſp.* 116. nec non AVGVST. LEYSERO, *ſpec.* CCCII. *med.* 5. inter alios autem nobiscum conſentiunt SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. ſect.* III. *cap.* VIII. §. 6. et SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* XXIII. *tit.* III. *quaeſt.* 10, *tom.* II. p. 161.

§. XXIV.

Etsi ſeruando ſeruari poſsit res mobilis dotalis, eius tamen alienatio haud est prohibita.

Quum maiorem habet poteſtatem maritus; quam tutor, merito hoc loco argumentari licet a tutore ad maritum; etsi autem non denegatur alienatio rei mobilis ſecundum L. 16. *C. de adminiſtrat. tut.* ac L. 9. *C. de R. V.* 2) Clare hoc conſtat ex L. 3. *C. de iur. dot.* ac L. VII. §. 15. *C. de rei vxor. act.* Qui aliud ſtatuunt, ad L. 22. *C. de adminiſtrat. tut.* ac L. 21. *D. de manumiſſ.* prouocare ſolent. Cum nobis conueniunt REINH. BACHOVIVS ad *Treutler, vol.* II. *diſp.* VII. *theſ.* 9. *litt.* c.

et

et LVD. MENCKE in *gymnaſio polem. diſp.* IX. §. 24. p. 158. inter aduerſarios autem numerandus eſt Io. ERN. a ROSBACH *comparat. iuris ciuil. et canonici, libr.* II. *tit.* VII. *num.* 6.

§. XXV.

Vxor ab obaerato marito, licet eius inopia ipsi fuerit cognita, dotem repetere potest.

Ob inopiam mariti vxorem dotem repetere poſſe, quis eſt, qui neſcit? Eius facultatis ipſam haud expertem fieri, ſi, licet inopia ipſius ſit nota, dos inferatur, clare videmus, vbi perpendimus, eiusmodi illationem duplici tantum modo fieri poſſe. Aut enim illa ſcit, ſe non eſſe obligatam ad ſoluendam dotem marito inopi; aut id neſcit. Priori in caſu tacite iuri ſuo renunciat; ſed inualidum peragit negotium, propterea quod mulier conditionem ſuam pacto, nequidem expreſſo, ideoque multo minus tacito, deteriorem facere queat; poſteriori autem in ignorantia iuris verſatur, quae ei nunquam nocere poteſt, *L.* 8. et 9. *D. de iur. et facti ignorant.* 2) Quum deinde ratio, cur dotes repeti poſſint, ſi inopia mariti in matrimonio demum manifeſtetur, in eo ſolum ſit ponenda, quod reipublicae interſit dotes ſeruare, *L.* 2. D. *de iur. dotium*, merito ea, quae ſancita ſunt in L. 24. *pr. D. ſolut. matr.* ac *L.* 29. *C. de iur. dotium* adplicare debemus ad caſum, quo inopia mariti vxori iam antea fuerit cognita. Qui aliud exiſtimant, illud concludunt partim ex eo, quod *L.* 3. §. 3. *de in poſſ. leg.* cautum eſt de creditore, qui ſemel in fideiuſſore ipſi dato, adquieuit; partim ex *L.* 16. *C. de epiſc. aud.* Ad illos referendi ſunt: SVRDVS, *conſil.* CCCLXXIV. *num.* 12. MATTH. BERLICHIVS,

CHIVS, *part.* I. *cor. curſ.* 65. GEORG. AD. STRVVIVS, *exercit.* XXX. *theſ.* 56. BENED. CARPZOVIVS, *libr.* II. *conſt.* XXVIII. *def.* 84. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 84. contraria autem ſententia placet HENR. HILDEBRANDO, *diſſ. de dote repetenda conſtante matrimonio*, CIↃIↃCCVI. cui iungas: CHR. FRID. HAVCKIVM, de *vxore dotem conſtante matrimonio repetente*, Lipſ. CIↃIↃCCLVII.

§. XXVI.

Vbi maritus egenus locupletior fit, repetere ei licet dotem, quam vxori ob inopiam reſtituere debuit.

Ratio, cur eiusmodi maritus vxori reddere deberet dotem, fuit eius inopia: vbi itaque illa ceſſat, haud habet vxor rationem, dotem retinendi eamdemque ob rem illam nec marito, iſtam repetenti, denegare poteſt. Aliud exiſtimant quod dotem ſemel reſtitutam penitus exſtinctam eſſe putant, HVBERT. GIPHANIVS, ad L. 29. *C. de iur. dotium* ac AVG. BARBOSA, in L. *ſi conſtante D. ſolut. matrimonio num.* 32 ſed noſtram ſententiam adprobant: ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 85, ac GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXX. *theſ.* 36.

§. XXVII.

Maritus fundum dotalem, a ſe alienatum, neque durante matrimonio, neque eo finito reuocare; vel vxori, eum reuocanti, adsistere potest.

Finito matrimonio maritus eiusmodi fundum dotalem reuocare haud poteſt ob clara legum verba, ſiquidem non ſolum MARTIANVS nobis id ſignificat L. *pen. D. de fundo dotali*, dum fundum emtori auelli non poſ-

ſe

ſe ſcribit, ſi in matrimonio mulier deceſſerit et maritus dotem lit lucratus; verum etiam idem PAPINIANVS confirmat *L. 42. D. de vſurpat.* Neque vero marito licet reuocare fundum viua vxore. Concludimus illud ex ratione legis memoratae *pen.* D *de fundo dotali*, quum iurisconſultus id haud ſtatuere potuiſſet; niſi iam ab initio obligatus fuiſſet maritus; praeterea autem aliunde rem comprobare poſſumus. Qui rem diſtraxit, improbe euincere eam conatur venditorque vindicans, rem, quam ipſe vendidit, exceptione doli ſummouetur, iudice VLPIANO, *L. 17. D. de euictionibus.* Idem tradit hic iurisconſultus *L. 1. pr. D. de exceptione rei venditae.* Aliud ſtatuunt quoniam alienatio in fauorem vxoris ſit interdicta ac obbonum publicum WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIVS, *diſſ. de fundo dotali*, §. 27. et 29. Io. A SANDE, diſſ. de *prohibita rerum alienatione*, *part.* 1. *cap.* 10. §. 7. PAVLL. CHRISTINAEVS, **vol. III.** *deciſ.* 133. num. 127. cum aliis.

§. XXVIII.

Licet vxor conſenſum in alienationem dotis de nouo declarauerit post biennium; minime tamen per id alienatio ista confirmatur.

1) Generatim *L. VII.* §. 15. *C. de rei vxor. act.* cautum eſt, nec conſentiente muliere dotem valide alienari poſſe; hac autem ratione nobis haud licet exceptione quadam legem reſtringere, quam illa nullo modo in ſe continet. Certum dein 2) eſt atque expeditum, ideo conſenſu vxoris firmari haud poſſe alienationem dotis, quod ea facili modo a maritis illicitis illecebris obtineri queat: nonne vero idem praeſumendum eſt de repetitione conſenſus a muliere poſt biennium facta? Qui aliud exiſtimant, praeſidium petunt ex *L. 12. C. ad SC. Vel-*

Vellej. et *Nou.* 51. *cap.* 1. Iis accedunt Io. A SANDE, de *prohibita rei alienat.* p. 82. CONR. RITTERSHVSIVS in *iure Iuſtinianeo*, *part* V. *cap.* IX. *num.* 10. ac AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCXI. Ab his ſeſe diſtinguit CHRIST. GOTTL. BIENERVS, *diſſ. de fundo dotali, eiusque ex iure Romano, Germanico et Saxonico alienatione*, Lipſiae cIↃIↃCCLXXXVI. quum ob L. 30. *C.* de *iure dot.* ac *L. vn.* § 15. *C. de rei vx. act.* id, quod tradidi, ſolum de fundo concedit, in dotem haud aeſtimato dato: noſtra autem placet ſententia SAM. STRYCKIO, de *iur. mar. in bonis vx. cap.* 1. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XIV. *tit.* V. p. 166.

§. XXIX.

Ad donationem propter nuptias constituendam maritus haud est obligatus.

1) *L.* 19. et. 20. *C. de donat. propter vx.* marito quidem donatione propter nuptias vxorem ratione dotis ſecuram reddere permittunt; haud tamen id ipſi praecipiunt. Simili ratione 2) permittit *Nou.* XXII. *cap.* 31. dotem minuere; vel augere et ſi tandem 3) certum eſt, exceptionem firmare regulam in caſibus non exceptis: merito quoque propoſitio haec extra dubitationem eſt poſita, propterea quod haeretici patres filiis ſuis orthodoxis ante nuptias donationes praeſtare cogantur in *L.* 13. et 19. *C. de haereticis.* Mecum conſentit GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXX. *theſ.* 34. ac WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *de donat. propter nuptias*, *theſ.* 14. ſed aliam fouent ſententiam ob argumentum ex *L.* 2. *D. de praeſcriptis verbis* ductum: *authenticam: dos data C. de donat. ante nupt.* ac potiſſimum quoque ob graecum textum *nouell.* XCI. linguam in latinam a HOMBERGIO, in *nouellis*, p. 157. translatum AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCV.

CCCV. *med.* I. ac Io. AVG. HELLFELDIVS, *iurisprud. forens. libr.* XXIII. *tit.* III. §. 1242.

§. XXX.

Vidua dotem haud amittit, si mortuo marito impudice viuit.

Vbi ſolutum eſt matrimonium dosque ad viduam rediit, ita plenum eius per id nanciſcitur dominium, vt heredibus mariti nullum in eam competat ius; hoc autem poſito, nec illud exercere poſſunt, ſi impudice viuat vidua. Quodcunque 2) beneficium perſonale eſt, illud heredi haud eſt praeſtandum, L. 13. *D. ſolut. matrimonio;* beneficium autem, quod marito tribuunt, eſt perſonale, quum illud eius cum perſona exſtingui, extra omnem dubitationem eſt poſitum, eamdemque ob cauſſam illud heredes ſibi adrogare nequeunt. Diſſidium hac in re eſt inter HENR. NEVENHAHNIVM, de *iur. et priuileg. viduar.* p. 300. et Io. FRID. EISENHARTVM, diſſ. de *iuribus ſingularibus viduarum*, in eius *opuſculis iuridicis*, p. 265.

§. XXXI.

Neque dignitatem amittit vidua mariti, si luxurioſe viuit.

1) Vbi poena in delictum aliquod claris verbis haud eſt ſtatuta, neque illa adficiendus eſt, qui eius criminis eſt reus. Iam merito ſtatuimus, legem haud adeſſe, qui talem poenam ſtatueret eamdemque ob cauſſam neque illam poenam locum habere cenſemus. 2) Si maritus non laeditur, neque iura amittuntur, quae matrimonio, cum illa celebrato, debet vxor. Reuera maritus haud laeditur, vbi vidua luxurioſe viuit ideoque nec eius dignitatis ſit expers, quam ſibi per nuptias con-

ci-

Digitized by Google

ciliauit. Propoſitio haec ob *Nou.* 39. *cap.* 2. maxime fuit controuerſa. Quum ſuperiori ſaeculo iam hac de re litigarunt IAC. BRVNNEMANNVS, *comm. in cod. L.* 10. *de nupt.* et BENEDICT. CARPZOVIVS, *part.* II. *deciſ.* 181. ea ratione, vt ille ſententiam, quam amplexi ſumus, improbaret; hic vero ipſi ſubſcriberet, NIC. CHRIST. LYNCKERVS BRVNNEMANNI opinionem eas inter doctrinas retulit, quas *trutina* examinaret, eius ſub praeſidio a GVIL. ERN. SCHMIDIO, Genae, cIↃIↃCXCVII. defenſa, p. 17. ac per id effecit, vt IAC. BRVNNEMANNVS, *trutina doctrinarum* Io. BRVNNEMANNI, *Halae caſtigata et ad aequilibrium renocata*, Vitembergae, cIↃIↃCXCVII. p. 23. ſententiam Io. BRVNNEMANNI acriter defendere ſtuderet. Litem, quae inter hos dumuiros eſt agitata, recenſent *die Halliſchen Beytraege, tom.* I. p. 405.

§. XXXII.

Etsi quoque ſanctio iuris Romani, quae poena infamiae viduas intra annum luctus nubentes adficiendas statuit, valeat; illi tamen vidua haud est ſubiecta, quae intra annum quidem luctus; edito tamen partu postumo, nubat.

1) Ceſſante ratione, ceſſare legem, regula eſt, inter iurisconſultos conſenſu communi recepta. Legis, cuius mentionem fecimus, rationem in confuſione ſeminis eſſe poſitam, quae facile oriri poſſet, vbi cum alio viro matrimonium inire vellet intra hoc ſpatium, non eſt negandum, quum primum luctum hunc introduxerit Numa, eo tempore, quo decem adhuc menſibus annus conſtaret ideoque clare illud ad temporis ſpatium reſpexerit, quo partus in vtero eſſe ſolet, teſte PLVTAR-

CHO, in *Numa*, p. 67. vt bene animaduertit CHR. GOTTFR. HOFMANNVS, *hiſtor. iuris, vol.* II. *part.* I. p. 51. praeterea VLPIANVS clare teſtatur *L.* II. §. I. *D. de his, qui notantur infamia*, propter *turbationem ſanguinis* praetorem idem iuſſiſſe. Illa vero non eſt metuenda, partum ſi ediderit vidua. Neque vero minus 2) nobiscum conſpirat POMPONIVS, vbi viduam, quae intra legitimum tempus partum ediderit, ſtatim nuptiis ſe collocare putat et cum illo plane conſentit VLPIANVS, *leg. memorat.* Noſtrae ſententiae inter recentiores fauent Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 11. *D. de his, qui notant. infam.* et *L.* 1. *C. de ſecund. nupt.* ac IAC. BRVNNEMANNVS *trut. doctrinar. Brunneman.* p. 24. ab illis autem verbis legis inhaerentes diſſident, nimirum BENEDICT. CARPZOVIVS, *iurisprud. conſiſtor. libr.* II. *def.* 159. et NIC. CHRIST. LYNCKERVS, *trut. doctrinar. Brunnemanni*, p. 19.

§. XXXIII.

Poenae ſecundarum nuptiarum haud ceſſant, ſi liberi ex priori matrimonio in illas conſentiunt.

Omnis renunciatio ſtricte interpretanda; neque praeſumenda. Etſi itaque liberi conſentiant; per id tamen iuri, ex ſecundis nuptiis orto, renunciaſſe haud cenſentur. Diſſidium hac in re eſt inter iurisconſultos. ANTON. PEREZ, ad *tit.* C. *de ſecund. nuptiis*, nr. 20. AVG. LEYSERVS, *med. ad pand ſpec.* CCC. *med.* 12. ac FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* 1. p. 42. idem ſentiunt; ſed aliud placet Io. BRVNNEMANNO, ad L. 3. *C. de ſecund. nupt.* PETR. GREG. THOLOSANO, in *ſyntagm. iuris vniuerſ. libr.* IX. *cap.* 26. *nr.* 54. ANDR. FACHINAEO, *controuerſ. libr.* III. *cap* 6. ANDR. GAILIO *libr.* II. *obſ.* 98. *nr.* 19. et ANTON. FABRO, *cod. Sabaud. libr.* V. *tit.* V. *def.* 5. propterea quod regu-

gulam locum habere putant, quemlibet fauori ſuo renuntiare poſſe.

MEMBRVM SECVNDVM

DE

IVRIBVS ATQVE OBLIGATIONIBVS PARENTVM AC LIBERORVM SORORVM AC FRATRVM.

---

§. I.

Si quis legitimatur per ſubſequens matrimonium, iura quoque primogeniti, etsi ante illud filius a patre legitimus sit procreatus, ex iuris ciuilis ſententia conſequi potest.

1) Ii, qui hoc modo legitimantur, ita legitimis aequiparantur, vt omnia eorum ſortiantur iura, *L.* 10. *C. de nat. liber. Nou.* XII. *cap. vlt. Nou.* XVIII. *cap. vlt. Nou.* LXXXIX. *cap.* 8. inter ea autem iura primogeniturae, legitimorum liberorum ſeniori a legibus tributa, iure ac merito ſunt referenda. 2) Retrotrahitur legitimatio iſta ac, ſi ea procedit, legitimandi eo momento, quo lucem adſpexerint, iam legitime nati eſſe cenſentur, vt ſupra eſt monſtratum. Sententia noſtra, quoniamſecundum eam poſt genitis ius auferri videatur, quod ipſis competat, diſplicet: HIERON. TREVTLERO, *diſp.* I. *theſ.* 7. REINH. BACHOVIO, *comm. ad Treutlerum*, *tom.* I. p. 68. ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obſ.* 121. et AVG. LEYSERO, *ſpec.* XIX. *med.* I.

eam autem probant GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* III. *thes.* 50. PETR. GVDELINVS, de *iur. nouiss. libr.* I. *cap.* XV. ac SAMVEL. DE COCCEII, *iur. controuers. libr.* I *tit.* VI. p. 91.

§. II.

Si quis filium procreauit extra matrimonium atque ex illo nactus est nepotem: nepos legitimari potest, defuncto patre, per matrimonium aui subsequens.

Effectus legitimationis ita retrotrahuntur, vt statim ab ipso momento, quo parentes primum concubuerunt, nuptiae celebratae esse censeantur, si postea adhuc celebrentur. Quod quum constat partim ex eo, quod habilis quoque esse debuerit isto ab momento femina ad matrimonium ineundum, secundum *L.* 5. *C. de nat. liberis;* partim ex eo, quod *L.* 10. *C. de nat. liberis*, de eiusmodi parentibus id praesumendum esse statuit, merito quoque parentem nepotis, licet sit viuis iam exemtus, legitimum natum esse et ius, quod ipsi legitima natiuitas tribuerit, ad nepotem transtulisse censemus. 2) Argumentamur idem ex *L.* 5. *D. de grad.* quum filium patris adoptiuum naturalis filii ante adoptionem defuncti fratrem esse declarat ac per id nos docet, nepotis patrem legitimorum censui esse adscribendum, quamuis mortuus sit; antequam auus per subsequens matrimonium eum legitimauerit. Qui nostra a sententia remoti sunt, vti ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obseruat.* 121. ARNOLD. VINNIVS, *comment. ad Institut. §. fin. de nuptiis* et WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, diss. *de legitimatione per subsequens matrimonium*, §. XX. prouocant potissimum ad necessitatem consensus legitimandi atque praesentiae eius, cuius vitium sit purgan-

gandum; contra eos autem pugnant BIDACVS COVARRVVIAS, ad *libr.* IV. *decret. part.* II. *cap.* 6. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *ex.* III. *theſ.* 50. et SAM. DE COCCEII, *loc. excit.*

§. III.

Legitimatio per ſubſequens matrimonium ita ad tempus retrotrahitur, vt illa fieri nequeat; niſi poſsit fingi, parentes partus legitimandi isto statim momento fuiſse coniuges.

Concludimus hoc partim ex fictionum natura; partim ex quibusdam legibus, videlicet *L.* 5. ac 10. *C. de natural. liberis;* nec non *Nouell.* 89. *cap.* 8. eoque magis miramur, tantum diſſenſum hac in re inter iurisconſultos exſtitiſſe, id quod ſtatim adparet, ſi ea comparare volumus, quae hac de re tradiderunt IOACH. HOPPIVS, *comm. ad inſtit.* §. 13. *de nupt.* BENEDICT. CARPZOVIVS, *iurisprud. conſiſtor. libr.* II. *tit.* XIV. *def.* 236. SAM. DE COCCEII, *iur. controverſ. libr.* I. *tit.* VI. p. 88. Io. RVD. CHRIST. HENNE, *diſſ. de legitimat. liberorum per ſubſequens matrimonium*, Erford. cIↃIↃCCLIV. Quibus noſtra ſententia displicet, ii legitimationem adhuc retrotrahi negant.

§. IV.

Qui liberos generare non potest, ille nec adoptionem potest peragere.

1) In adoptione fingitur pater filium generaſſe, quem non genera**u**it; ea vero eſt fictionum natura ſecundum normam legum ciuilium, vt id, quod fingatur, eſſe potuerit; ſed ſolum haud ſit. 2) Si etiam iis licita eſſet adoptio, qui generare non poſſent liberos, neceſſe eſſet, vt quoque id permitteretur caſtratis; ſed eos

recte excludit ab adoptione imperator, §. 9. *I. de adopt.* 5) Quum VLPIANVS inter eos, qui generare facile non possunt eosue, qui prorsus impotentes sunt, distinguit ac solum illis adoptionem permittit, tacite simul hos ab ista arcet, *L.* 6. *D. de liberis et postum.* 4) Si adoptio in his solum locum habet, in quibus etiam natura habere potest, necesse est, vt abstinere oporteat eos ab adoptione, qui liberos procreare haud possunt; sed prius liquet ex IAVOLENO *L.* 16. *D. de adoption.* Dissentiunt ob *L.* 2. §. 115. §. 2. ac 17. §. 3. *D. de adopt.* §. 9. *I. eod. L.* 14. *D. de manumiss. vind.* ac *L.* 39. *D. de iur. dot.* SAM. DE COCCEII, *iur. controuers. libr.* 1. *tit.* VII. *quaest.* 1. p. 97. atque alii.

§. V.

Alere tenetur pater filium ab eo abhinc momento, quo est natus.

Quoniam *L.* 4. et 5. §. 1. 7. ac 10. *D. de agnosc. et alendis liberis*, omni discrimine remoto, patri alendi onus imponitur, propositio haec merito adfirmatur. Opponitur illi *L.* 9. *C. de patr. pot.* Dissentiunt DIDAC. COVARVVIAS *de matr part.* II. *cap.* 8 §. 6. ac HARTM. PISTORIS, *obs.* 97. ac mecum faciunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* IV. *const* 27. *def.* 5. MATTH. COLERVS, de *aliment. libr.* 1. *cap.* VI. *num.* 4. ac LVD. MENCKE, *gymnas. pol. disp.* X. *thes.* V. p. 161.

§. VI.

Auus paternus nepoti suo illegitimo alimenta praestare non debet.

Vbi lege haud quisquam ad alimenta alteri praestanda adstringitur, ipsi quoque eiusmodi onus non imponi potest. Illud haud adfirmari potest, de auo nepotis illo

illegitimi, qui eſt alendus eamdemque ob cauſſam merito ab eodem liber cenſetur. Qui aliud ſtatuunt, id potiſſimum ideo faciunt, quod auus nepotes ſuos naturales alere debeat: neceſſitas alendi in iure ſanguinis ſit fundata hocque non minus in liberis ex illicito complexu natis; quam legitimis ſubſit, eamdemque ob cauſſam etiam filius iuſte exheredatus ſit alendus. Noſtram ſententiam tuentur CAR. GOTTL. KNORRIVS de *alimentis a matre liberis praeſtandis*, *cap.* 2. §. 7. G. C. MENCKE, de *auo paterno ad alimenta nepoti illegitimo praeſtanda non obligato*, ac Io. CHRIST. KOCHIVS, *inſtitut. iuris criminalis*, *libr.* II. *cap.* XII. §. 280. aliud autem ſtatuunt: BENEDICT. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* X. *def.* 20. SAM. STRYCKIVS, *libr.* XXV. *tit.* IV. §. 3. ac Io. BALTH. WERNHER, *part.* I. *obſ.* 134.

§. VII.

Liberi parentes ſuos viuis ſauis alere haud debent.

Liberi ſolum ad alendos parentes ſunt obligati, ſi egent; illos autem egere non ſtatuere debemus, vbi alii exiſtunt, qui alimenta ipſis praebere debent, ſecundum *L.* 5. §. 13. *D. de agnoſc. et alendis liberis; vel parentibus.* 2) Ex charitate ſanguinis obligatio, alendi liberos, ita deſcendit, vt, qui gradus ſint in amore: iidem in obligatione alendi. Illud haud obſcure indicat VELPIANVS, *L.* 5. §. 2. *D. de agnoſcend. et alendis liberis;* ex legum autem ſententia amor, quo parentes liberos proſequuntur, cum ſemper ſuperat, cum quo deſcendentes adfici conſtat erga maiores ſuos. Ita *L.* 7. *pr. C. de curat.* parentum amorem nullo alio vinci, adfirmat, quacum *L.* 8. §. 3. *D. quod metus cauſſa* ac *L.* 67. §. 1. *D. de ritu nuptiar.* conſpirant. Quum antiquiores interpretes, nimirum IACOB. A PORTA RAVENNATA, SA-

LICETVS, PONTANVS, SVRDVS atque alii ſententiam fouent, a noſtra hac in re prorſus alienam: haud quisquam mirabitur, quid ſit, quod eamdem opinionem amplexi ſunt recentiorum nonnulli, in quibus locum quoque tenet Io. GARSIAS, *de expenſis et melioration. cap.* III. p. 54. ſqq.

§. VIII.

Si alimenta liberis praestita condictione indebiti repetuntur hique exceptione, animo donandi ea praestita esse, se tueri volunt, illam probare haud debent, vbi ab ipsis parentibus sunt data; ab eius demonstratione autem immunes haud sunt, si ea alimenta repetat vitricus.

Quod ad parentes ſpectat, certum eſt, illud haud probandum eſſe, quoniam, alimenta ab ipſis data eſſe, animo donandi, praeſumendum eſt, *L.* 11. *C. de negotiis geſtis*, *L.* 27. §. 1. *L.* 34. *et* 44. *D. de negot. geſtis.* Eadem vero ratione id, quod de vitrico eſt adfirmatum, extra omnem dubitationem eſt poſitum. Nam 1) ſanguinis ratio, ob quam eiusmodi animus donandi in parentibus praeſumitur, in vitrico ceſſat. 2) Denegat *L.* 15. *C. de negot geſtis*, vitrico repetitionem alimentorum eo tantum in caſu, quo illa erogauit adfectu paterno quumque actio negotiorum geſtorum parentibus haud prius conceditur; quam ſi oſtenderint, ſe beneficium hoc in liberos, recipiendi animo contuliſſe, illud haud requirit ſupra memorata conſtitutio de vitrico. 3) Eum, qui quidquam ſoluit, in dubio, illud iactare voluiſſe, non eſſe praeſumendum, regula eſt, ita, vt exceptiones, ei adiectae, ſtricte ſint interpretandae. 4) Adfectus paternus non praeſumitur in vitrico et hanc ob rem matrem, alteri viro nubentem, tutela priuat

L. 1.

L. 1. *C. vbi pupill. educar. deb.* 5) Liberi vitrici poſſunt repetere id, quod illius pater priuignorum cauſſa erogauit, *L.* 3. *C. de contrar. iud. tutel.* Aliter ſentiunt ob animum repetendi, qui in repetitione alimentorum ſupponitur in *L.* 15. *C. de neg. geſt.* ac fauorem priuignorum, cuius veſtigia reperiuntur in *L.* 1. *C. de ſecund. nupt.* DION. GOTHOFREDVS *ad L.* 15. *C. de negot. geſtis*, REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. vol.* I. *diſp.* X. §. 3. et Io. PHILIPPI, in *vſu pract. inſtitut. libr.* III. *eclog.* 92. Nobiscum conſentit SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* III. *tit.* VI. *quaeſt. vlt.* p. 294.

§. VIIII.

Filiusfamilias peculium aduentitium neque inter viuos; neque mortis cauſsa; nisi permittente patre, donare potest.

Quodcunque praeiudicium inferre poteſt patri, intuitu vſusfructus, ipſi ex legibus in bonis filii competentis, illud filius de bonis ſuis ſtatuere nequit; ſed priuaretur pater vſufructu, vbi inter viuos alteri bona donare vellet. Neque vero mortis cauſſa donare ea liceret filio, vbi ei id non permittat pater. Quodcunque enim 1) donare vult mortis cauſſa filius familias, illud pertinere debet ad peculium caſtrenſe; vel quaſi caſtrenſe, obſeruante *L.* 7. §. *fin. D. de donat.* ſed ad neutrum horum peculiorum bona aduentitia numerari poſſunt. 2) Permittit quidem *L.* 25. *pr. D. de mort. cauſſ. donat.* filio ea donare; ſed expreſſis verbis requirit, vt id permiſerit pater. Quam quidem ob rem filio illud concedere poſſumus, ſi pater id conceſſerit; ſed merito id negamus, vbi hoc ceſſat. Diſcedunt ab hac ſententia ob plenam proprietatem peculii aduentitii ad filium familias ſpectantem atque argumenta quaedam, ex *L.* 7. §. *fin. D. de donat.* ac *Nou.* 117. *cap.* 1. ducta,

MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *conſt.* XVII. *num.* 9. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* V. *cap.* 25. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. tom.* III. *libr.* XXXXIV. *tit.* VI. p. 116. atque alii; cum illa autem conſpirat modo laudatus LAVTERBACHIVS, *diſſ. de mortis cauſſa donat.* quae *tom.* I. *diſſertat.* eius exſtat §. 21.

§. X.

Res, quae filiofamilias donatur a principe, ad peculium pertinet aduentitium extraordinarium.

Quaeſtio eſt, quae diuerſa ratione a iurisconſultis deciditur. Sequimur illorum ſententiam, qui eiusmodi donationem in peculiorum aduentitiorum extraordinariorum ſcribunt cenſum, quumque hoc ſtatuimus, ſimul ab aduentitio peculio regulari aeque ac peculio militari illud diſtinguimus. Peculium aduentitium regulare talem donationem ſub ſe haud comprehendere, patet ex. *L.* 7. *C. de bon. quae liber.* Quum ibi comparatur ſolum cum caſtrenſi, et ad eius ſimilitudinem tantum filiisfamilias facultas, de re diſponendi, tribuitur; principis autem munus cogitari poteſt ſine reſpectu ad arma; vel ſtudia donatarii, neque in peculiorum illud ſcribimus cenſum militarium; nonne vero his poſitis, vt peculium illud aduentitium irregulare eſſe exiſtimemus, neceſſe eſt? Nonnulli cum SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XV. *tit.* I. *quaeſt* 3. p. 751. ob cauſſam publicam, ex qua eiusmodi liberalitates proficiſcuntur ac *L.* 7. *C. de bonis, quae liberis* ad qualicaſtrenſia peculia illud numerant: alii cum WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *diſſ. de pecul. aduent. irregulari*, §. XIV. et FRIDER. HEVSINGERO, de *iure peculii aduentit. extraord. cap.* II. p. 16. munera a principis liberalitate profecta inter peculia extraordinaria aduentitia referunt:

Io.

Digitized by Google

Io. HENR. vero BERGERVS, *oeconom. iuris libr.* I. *tit.* II. *§.* 2. *num.* 11. ac Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 7. *C. de bonis quae liberis* diſtinctione quadam; diuerſa tamen ratione, item componere ſtudent, praeter quos hac de re videndus eſt Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Roman. exerc.* XXXXIV. §. 47.

§. XI.

Licet quisquam filio curatores constituat, quibus administrationem rerum, ipsi relictarum impoſuit, patrem earum vſufructu per id haud priuat.

Pater vſumfructum haud prius amittit in eiusmodi rebus; quam ſi claris verbis eorum vſusfructus ipſi eſt ademtus; illud autem ſola nominatione tutorum haud fit, quum alius habere poteſt vſumfructum, vbi alius res adminiſtrat. Lis hac de re exiſtit inter PETR. HEIGIVM, *part.* II. *quaeſt.* 12. *num.* 11. MATTH. BERLICHIVM, *part.* I. *deciſ.* 136. ac IAC. FRID. LVDOVICI, diſſ. de *tacita prohibitione vſusfruct. paterni*, p. 31. §. XXXI. BENED. CARPZOVIVS ſibi ipſe repugnat, ſi comparare velimus, quae *part.* II. *conſt.* X. *def.* 10. et *part.* III. *conſt.* 1. *def.* 13. profert: qui autem contrariam tuentur ſententiam, ab adminiſtratione ad vſumfructum concludunt ac tacitam quoque prohibitionem obtinere poſſe, vti in Falcidia, opinantur.

§. XII.

Neque hoc statuendum est, vbi testator fratrem ſuum fratrisque filios heredes instituit: vbi filio fideicommiſſum a patre relinquitur: pater heres est institutus filioque legatum relictum; vel alienatio bonorum interdicta.

Om-

Omnes hae propoſitiones ex eodem, quod §. XI. adduximus, argumento conſtant. Optime illud defendit IAC. FRID. LVDOVICI, *diſſ. laudata*; ſed aduerſatur antiquioribus potiſſimum iuriſconſultis, AVG. BERLICHIO, *part. I. deciſ.* 136. IO. FRANC. ANDREOLO, *controuerſ. forenſ.* 224. atque aliis.

§. XIII.

Peculium aduentitiun ordinarium in irregulare per abuſum rerum filiifamilias a patre haud mutatur.

Singularis eſt natura vſusfructus paterni et ab aliis ſpeciebus vſusfructus ad illum non valet conſequentia, quum ex pleno dominio, quod quondam patri in res filiorum competeret, eſt deriuandus. Nullum dein cogitare debemus peculium; niſi lex adſit, in qua illud fundatur; vbi vero eſt lex iſta, ex qua tali modo peculium ſit conſtituendum? Litigant hac de quaeſtione WOLFGANG. AD. LAVTERBACHIVS, *diſſ.* de *pecul. aduentitio* §. 2. *vol.* III. *diſput. academicar.* p. 299. et SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. tit. D. quibus mod. vſusfructus finiatur*, §. 6. ANTON. FABER, *libr.* VI. *cod. Sabaud. tit.* 36. *def.* 13. et FRID. HEVSINGERVS, *loc. memorat.* Priores ſententiae noſtrae aduerſantur, quod ea, quae de vſufructuariis generatim cauta ſunt in *L.* 34. *§.* 3. *D. de vſufructu* ac *L.* 10. *D. quib. modis vſusfr. amittitur*, ad patrem adplicanda eſſe cenſeant.

§. XIV.

Pecunia luſtrica peculium est ordinarium aduentitium.

De pecunia quidem luſtrica a Romano iure nihil eſt ſancitum; huius tamen quaeſtionis merito hoc loco men-

mentionem facimus, quum ex ciuili deciditur iure atque a multis doctoribus iam in medium prolata. Inter diuerſas ſententias, in quas hac in re diſceſſerunt, eà potiſſimum mihi placet, propterea quod peculium ſit aduentitium et illud pro regulari eſt habendum; niſi contrarium ex legibus probari queat. Nobiscum faciunt BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. part.* II. *conſt.* XXIV. *def.* 18. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. ciuil. tit. de pecul. quaeſt.* XIV. AVG. LEYSERVS, *med. ad pandect. med.* CXXVI. CAR. AD. BRAVNIVS, de *vſufr. parent. in bonis liberor.* FRID. HEVSINGER, *loc. citat.* p. 24. ac CHRIST. FRID. LVZ, *de iure pecuniae luſtricae*, Tubingae, cIↃIↃCCLXXXIII. ab iis autem diſſident 1) Io BRVNNEMANNVS, ad L. 1. *D. de collat. num.* 23. et ad *L.* 19. *D. de pecul.* quum pro qualitate donatoris mox aduentitium; mox profectitium peculium eſſe eam putat: 2) Io. GEORG. SIMON. *diſſ. de iuribus patrinorum*, Ienae, cIↃCLXXIX. ac GEORG. RADOVIVS, *diſſ. de pecunia luſtrica*, Roſtochii, cIↃIↃCLXXVI. qui eamdem in claſſem peculiorum quaſi caſtrenſium ſcribunt: 3) SAMI. STRYCKIVS, *not. ad Brunnemanni ius eccleſiaſt.* p. 294. IOACH. HOPPIVS, ad §. 1. *Inſt. per quas perſon. cuique adquir.* Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iuris libr.* II. *tit.* II. §. 33. ac Io. AVG. HELLFELD, *opuſculis*, p. 132. qui pecuniam luſtricam peculium aduentitium irregulare eſſe credunt ac tandem CHRIST. THOMASIVS, vbi illi qualitatem peculii diſſ. de *hypotheca tacita propter pecuniam luſtricam*, §. V. *tom.* IV. *diſſ.* p. 334. penitus denegat, cui tandem Io. GOTTFR. KRAVSIVM, diſſ. *de pecunia luſtrica*, Viteberg. cIↃIↃCCXXVIII. et Io. FRID. IOACHIMVM, *de donis baptismalibus; ſeu pecunia luſtrica*, Halae, cIↃIↃCCXXXVI. adiicias.

§. XV.

§. XV.

Feudum, filiofamilias conceſsum, ad peculium casrenſe in dubio referendum est.

Feudum ordinarie concedi ſolet propter ſeruitia militaria, quemadmodum iuris feudalis doctores clare demonſtrant, et licet ſine illis cogitari queat feudum; ſeruitia tamen militaria inter naturalia feudi locum habent, quae adeſſe in feudo praeſumuntur. Hoc ſi certum eſt atque expeditum, merito quoque ſtatuendum eſt, feudum in dubio ad peculium caſtrenſe eſſe referendum, propterea quod ad id, quidquid filius ſibi ex militia adquirit, pertinere ſolet. Diſſentiunt REINH. BACHOVIVS, in *not. ad Treutlerum*, *vol.* I. *diſput.* 16. *theſ.* 12. WOLFG. AD LAVTERBACHIVS, *diſſ. de peculio filiorumfam.* §. VII. atque alii. Nobiscum, conſentit GEORG. AD. SVRVVIVS *ſyntagm. iur. feud. cap.* V. *num.* 4. cui addas FR. HEVSINGERVM, *loc. citat.*

§. XVI.

Neque pater, qui vnam partem debiti, a filiofamilias contracti, ſoluit; neque filius, qui, paterfamilias factus, creditori ex parte pecuniam ſoluit, quam ipſi mutuam dedit, quum patriae potestati adhuc eſset ſubiectus, contra creditorem, ab eo petentem, exceptione SC. Macedoniani ſe tueri nequit.

1) Qui partem debiti ſoluit, illum totum probare, regula eſt, extra omne dubium eſt poſitum. Non poteſt enim eiusmodi debitor exceptionem non numeratae pecuniae opponere, *L.* 4. *C. de non numerat. pecun.* nec quisquam debet ex parte obligationem probare et de ea, tanquam iniqua, ex parte queri, *L.* 39. §. 1. *D. de operis liber-*

Digitized by Google

libertorum. 2) Euidens hoc eſt ex VLPIANI effato, *L. 7. §. fin. D. de SC. Macedon.* idque eo luculentius, vbi hoc ope inſcriptionum coniungamus cum alio loco VLPIANI *L. 9. pr. D. h. t.* ex eodem *libr.* XXVIV. *ad edictum* delibato. Vtitur 1) iurisconſultus dicendi formula, *ceſſabit ſenatusconſultum*, quae aliis in locis non; niſi iis in caſibus adhiberi ſolet, in quibus ſanctio haec amplius non locum habet. Neque 2) aliter hoc loco explicanda eſſe verba haec, ex eo perſpicimus, quod exceptionem ſaltem; minime autem actionem pariat ſenatusconſultum hancque ob rem neceſſe ſit, vt verba ipſa ſe ad reliquam debiti partem, nondum ſolutam, referant ac de altera, iam ſoluta, intelligenda ſint ſolummodo cetera verba, quibus illam repeti poſſe, negat. Tradit 3) dein de caſu, quo eiusmodi debitor, paterfamilias factus, rem quamdam alteri pignori dedit, in illo exceptionem ſenatusconſulti in tantum, in quantum ſcilicet pretium rei oppignoratae quantitatem debitae ſummae non excedit, ceſſare, quumque hoc priori ſententiae, vt ex virtute particulae aduerſatiuae, *ſed*, hoc loco adhibitae, adparet, opponit, luculenter per id indicat, ſecundum iſtam, exceptionem hanc, vbi pars eſt ſoluta, penitus exſtinctam eſſe. Quum denique 4) ſuperuacanei operis culpam euitare haud potuiſſet VLPIANVS, ſi hoc loco partem ſolutam repeti haud poſſe, tantum dicere vellet, quoniam id de toto, vbi ſit ſolutum, pluribus locis ſignificatur et quod de toto verum eſt, id quoque de eius parte omnino intelligendum eſſet, merito colligendum eſt, iurisconſultum quoque de reliqua parte, quae nondum eſſet ſoluta, quaeſtionem in medium proferre voluiſſe ac de ea ſtatuere, ad eam ſoluendam debitorem perfecte eſſe obligatum. Sententia noſtra placet *Gloſſae*; neque minus WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *coll. theor. practic. tit. dig. de SC. Maced.*

§. 21.

§. 21. HIERON. TREVTLERO, *vol.* I. *diſp.* XX. *theſ.* 8. *litt.* a. PETR. MVLLERO, *ad Strum. tom.* I. p. 1358. Io. HENR. BERGERO *oecon. iur. libr.* III. *tit.* II. §. 2. atque auctoribus *der Meditationen, vber verſchiedene Rechtsmaterien, Band* I. p. 260. Diſſentiunt ob *L.* 9. *pr. D. de SCto Maced.* inter antiquiores BVLGARVS; inter recentiores autem FRANC. CONNANVS, *commentar. iuris ciuilis, libr.* VII. *cap.* 2. *num.* 2. GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuil. exerc.* XVI. *theſ.* 57. REINH. BACHOVIVS, ad *Treutler. tit. D. de SC. Macedon. diſp.* XX. *theſ.* 8 *litt.* a. IOAN. SCHNEIDEWIN, ad §. 1. *I. quibus alien. licet.* GEORG. BEYERVS, *ad SC. Macedon pos.* XII. BERN. HENR. REINOLDVS, *ad SC. Macedon. cap.* III. p. 32. Io. ORDWIN. WESTENBERGIVS, *princ. digeſt. libr.* XIV. *tit.* V. §. 19. *tom.* II. *oper.* p. 279. Mediam tandem viam eligere videtur PAVLL. CHRISTINAEVS, *decis. vol.* III. *dec.* 55. *num.* 11.

§. XVII.

Quum creditori, qui iuſtas prae ſe fert rationes, filium familias, cui mutuam dedit pecuniam, pro patrefamilias habendi exceptio SC. Macedoniani opponi haud potest; illud haud praeſumitur; ſed a creditore eſt probandum.

Prius diſcimus ex eo, quod IVLIANVS, teſte POMPONIO in L. 10. *D. ad SC. Macedonian.* in eo, qui ſcire non potuit, an ſit filiusfamilias, cum quo contrahat, ſenatus conſultum Macedonianum ceſſare tradiderit hocque POMPONIVS adprobauerit, dum ſolum ei, qui neque ſcit; neque ſcire potuit, filiumfamilias eſſe hominem ſui iuris, exceptionem ſenatusconſulti tribuit; ſed poſterius non minus extra omnem dubitationem eſt po-

positum. Nam 1) praesumunt iura, contrahentem scire conditionem eius, cum quo contrahat, L. 19. *pr. D. de R. I.* et praesumtionum est natura, vt locum habeant, donec alter probet contrarium. Quum dein 2) L. 1. C. *de SC. Macedonian.* exceptionem senatusconsulti eo demum casu deficere statuit, si creditor docere possit, se iusta ex ratione credidisse filiofamilias, se esse patremfamilias, adfirmanti, nouum nostrae sententiae accedit robur. Qui aliud statuunt ad praesumtionem ignorantiae prouocant *L. 21. D. de probat.* fundatam; sed mecum faciunt Wolfg. Ad. Lavterbachivs, *coll. theor. pract. D. de SC. Macedon.* §. 7. et Bernh. Henr. Reinoldvs, *ad SC. Maced. cap.* III. §. 3. in eius *opusculis*, a Io. Frid. Ivglero editis, p. 444.

§. XVIII.

Senatusconsultum Macedonianum obligationem filiifamilias non extinguit; sed solum actionem ex ea descendentem.

1) Placuit senatui amplissimo solum, ne eiusmodi foeneratoribus actio petitioque daretur, *L. 1. pr. D. ad SC. Macedonian.* 2) Negat senatusconsultum, nomen filii familias fieri bonum, videlicet tale nomen, quod non facile exigi potest; siue illud, quod non iure petere possumus, vt arbitratur Reinoldvs, *ad SC. Macedonian.* cap. 2. 3) Tribuit *L. 10. D. ad SC. Macedonian.* filiofamilias obligationem naturalem, scilicet eam, quae cum iure agendi haud est coniuncta, ac per id clare significatur, obligationem ipsam haud exstingui. 4) Quod quis alteri ex ignorantia soluit; nec tamen condictione indebiti repetere potest, ad illud soluendum si non ciuiliter, ad minimum tamen naturaliter debet esse obligatus; sed filiofamilias eo in casu repetitionem

nem ſummae ſolutae denegat L. 9. §. 4. *D. ad SC. Macedonian.* 5) Quem lex ab actione quidem liberat; eum tamen non plane exonerat, illius obligationem haud exſtinguit; verum illud de filiofamilias ait *L. 9. §. 4, D. ad SC. Macedonian.* Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad L. 1. et 18. *D. de SC. Macedon.* ſed SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* XIV. *tit.* VI. p. 746. nobiscum facit.

§. XIX.

Quemadmodum filiusfamilias condictioni mutui iure opponit exceptionem ſenatusconſulti Macedoniani; ita idem quoque licet eius fideiuſſori.

Clare 1) hoc docent L. 7. *pr.* et §. 1. ac 9. §. 3. ſqu. D. *de SC. Macedoniano.* 2) Quaecunque exceptio cauſſae cohaeret et realis eſt, illa vti poteſt fideiuſſor; exceptio vero SC. Macedoniani realis eſt; neque ſolum filiofamilias ideo tribuitur, quod ſit filiusfamilias; ſed ideo datur, quod pecunia numerata filiofamilias mutuo sit data. Sententia, quam tuemur, communis eſt et inter recentiores a GEORG. ADOLPH. SCHVBERTO, diſſ. de *fideiuſſione pro filiofamilias mutuum contrahente inualida* Lipſ. cIↃ DCCXXIII. ac V. C. Io. LVDOV. SCHMIDIO, *libr. ſing. de fideiuſſore plane non obligato, ſect.* II. *cap.* 2. §. 205. p. 204. pluribus argumentis eſt corroborata. Diſplicuit quidem ea ob dolum, cuius participem reddere ſe videtur fideiuſſor: porro ob L. 6. 7. 25. D. *de fideiuſſor.* Io. LAVRENTIO DRECHSLERO, diſſ. de *exceptione ſenatusconſulti Macedoniani, fideiuſſoribus filiorumfamilias deneganda*, Altorf. cIↃIↃCCLVIII. verum enim vero docte contra illum diſputarunt I. L. S. PVTTMANNVS, *probabil. iuris ciuil. libr.* I. *cap.* XIX. p. 138. ac DAN. NETTELBLADT, *diſſ. ſiſtente theſin, exceptionem*

SCti

SCti Macedoniani etiam fideiussori, pro filiofamilias competente, Halae, CIↃIↃCCLXXXV.

§. XX.

Filius, a patria potestate per dignitatem liberatus, senatusconsulto Macedoniano vti non potest.

1) Senatusconsultum hoc solum filiisfamilias concessum est, propterea quod illi nihil sibi adquirant ideoque nec de suo pecuniam mutuo acceptam restituere queant: haecce autem ratio cessat in eo, qui per dignitatem a patria potestate est liberatus ac paterfamilias factus. 2) Si cessat SC. Macedonianum, si quis ei, qui paterfamilias factus, crediderit, siue hoc; siue illo modo iuris sui sit effectus, *L. 3. §. fin. D. de SC. Macedon.* necesse est, vt idem statuamus de eo, qui mutuam accepit pecuniam, si dignitate illustri est decoratus, postquam de eo *nouell.* LXXXI. cautum est, eum per id exire ex patria potestate. Qui dissentiunt, prouocant ad *nou.* LXXXI. propterea quod secundum eam dignitas liberat solum ab oneribus patriae potestatis. Cum his faciunt LVD. MENCKE, *gymnas. polem. disp.* VI. p. III. ac HENR. HAHNIVS, *not. ad Wesenbecium. tit. D. de SC. Macedonian. num.* 15. sed nostram in sententiam discedunt Io. STRAVCHIVS, *diss.* XIII. *aphor.* 5. et PETR. MVLLERVS, *ad Struu. tom.* I. p. 1236.

§. XXI.

Renunciatio SC. Macedoniani, etsi quoque sit a filiofamilias iurato facta, illud non tollit.

Quidquid meum in fauorem haud eſt introductum, ei renunciare nequeo, *L.* 29. C. *de pact.* Senatusconſultum in fauorem filiorumfamilias haud eſt introductum atque in odium potius foeneratorum, quod diſcimus partim ex *L.* 40. *D. de condict. indeb.* partim ex *L.* 9. §. 4. *D. de SC. Macedonian.* Neque itaque ei filiosfamilias renunciare poſſe, merito argumentamur. Hoc ſi certum, 1) SC. Macedonianum haud tollitur per renunciationem ſimplicem; neque vero 2) per iuratam, quum iusiurandum negotium, in ſe inualidum, firmare haud poteſt: illud ex L. 7. §. 16 *D. de pactis* ac *L.* 5. §. 1. C. *de Leg.* conſtat; neque ei fauet ius canonicum ob *c.* 58. *de reg. in 6to.* Diſſentiunt ob *L.* 7. §. *fin.* D. *de* SC. *Macedon.* ac L. 10. D. *eiusd. tit.* PAVL-CHRISTINAEVS, *vol.* III. *deciſ.* XXXV. *num.* 70. VLRICVS ZASIVS, *libr.* II. *reſp.* c. 28. et DIDAC. COVARRVVIAS, *ad cap. quamuis de reg. iur. in 6to* cum aliis: ſed noſtrae ſententiae adhaeret LVD. MENCKE, *gymnaſ. pol. diſp.* VI. *theſ.* IX. p. 111.

§. XXII.

Datur iure Romano emancipatio tacita.

1) Clare hoc indicat VLPIANVS, L. 25. *pr.* D. *de adoptionibus*, ſi eius verba paullo curatiori ſtudio ponderamus. Format ſibi ibi iurisconſultus eam ſpeciem, qua femina teſtamentum condit hocque pater eo nomine impugnat, quod illa filiafamilias fuerit; neque condere potuerit teſtamentum, idque patrem impugnare poſſe negat. Concedit, quod probe notandum eſt, patrem filiam neque iure, neque praeſentibus teſtibus emancipaſſe ideoque illam expreſſe haud eſſe emancipatam. Id denuo per verba, quibus, eam *vt matrem familias, quaſi iure emancipatam*, vixiſſe, ſignificat, omnibus iis declа-

clarat, quibus haud ignota eſt vera vis ac ratio vocabuli Stoicis potiſsimum vsitati: *quaſi*, quiue perpendunt, ſcriptorem, ſi filia haec iure emancipata eſſet, non addidiſſe, illam vt *matremfamilias* vixiſſe, quumque nihilominus, valere debere teſtamentum, pronunciat huiusque ſententiae rationem in eo ponit, quod vt materfamilias vixerit, aperte per id ſignificat, tacitam emancipationem locum habere. 2) Qui diu patitur, vt filiofamilias ea, quae ſolum patrisfamilias ſunt propria, tribuantur hicque pro patrefamilias ſe gerat, ille patriae poteſtatis ſit expers, ſecundum conſtitutionem VERI et ANTONINI, *L.* 1. C. *de patria poteſtate*: nonne vero per id tacita ſtatuitur emancipatio? Qui aliud opinantur, ad L. 5. et 6. *de emancipat. liberis* prouocant. In his numeramus CHRIST. THOMASIVM, *diſſ. de quaſi emancipatione Germanorum*, Halae, cIↃIↃCCII. ac IVST. HENNING. BOEHMERVM, *de ſtatu liberorum ſui iuris factorum per ſeparationem; vel nuptias*, Halae Magd. cIↃIↃCCXXXXVIII. Nobiscum faciunt AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CLXIV. *med.* 5. GOTTFR. BARTHIVS, *diſſ. de emancipatione Saxon.* §. IV. in *diſſertat.* eius *iuridicis* p. 221. ac GEORG. FRID. KRAVSSIVS, *diſſ. emancipationis tacitae ac Germanicae*, Vitembergae, cIↃIↃCCLIX.

§. XXIII.

Frater ſororem; vel fratrem egenum alere non debet.

1) Qui legitimam alteri abſolute relinquere haud debet, is nec obligatus eſt ad eum alendum. 2) Cui onus alendi legibus clare atque euidenter haud eſt impoſitum, is ad illud ſuſcipiendum haud poteſt cogi. Aliud placuit ob *L.* 1. §. 2. *D. de rat. diſtrahendis* L. 4. *D. vbi pupillus educari deb.* ac L. 13. §. *fin. D. de adminiſtrat. et peric. tutor.* MATTH. COLERO, *de aliment.*

libr. I. *cap.* 9. GEORG. ADAM. STRVVIO, ex. XXX. *theſ.* 78. *tom.* II. p. 497. atque AVG. LEYSERO *ſpec.* CCCXXV. *med.* 2. *tom.* VI. p. 414. ſed refutatur a FRID. BEHMERO *iur. controu. tom.* II. *obſ.* 150. p. 666. ac FRID. POPPIO, *diſſ. de imperfecta fratrum ſororumque ad ſe inuicem alendos obligatione*, Altorfii, cIↃIↃCCLXXXX.

MEMBRVM TERTIVM.

DE IVRIBVS AC OBLIGATIONIBVS TVTORVM AC PVPILLORVM, CVRATORVM AC MINORVM.

§. I.

IN definitione tutelae, quam §. 1. *I. de tutel.* exhibet, caput liberum denotat tutorem.

1) Vbi hoc exiſtimamus: non neceſſe eſt, ſtatuere, iurisconſultos caſum auferendi pro accuſatiuo poſuiſſe hancque ob rem contra regulas grammaticas peccaſſe. Nominant potius tutelam *vim* ac *poteſtatem* in *capite libero* ac per id ſatis luculenter oſtendunt, hancce vim ac poteſtatem, de qua loquuntur, habere caput liberum. *)

2) Vbi iurisconſulti *capitis liberi* mentionem faciunt, per

*) Qui adfirmant, nonnunquam veteres, praepoſitione *in* vtentes, loco caſus accuſatiui ablatiuum adhibuiſſe, prouocant partim ad leges aeque ac libros iurisconſultorum; partim ad loca aliorum auctorum. Quum haec potiſſimum ea ſunt, quae adlegari ſolent ex PLAVTO, in *Amphitruone*, *act.* IV. *ſcen.* 3. CICE-

per illud ſolummodo hominem intelligunt, qui libertatem habet iuris gentium; ſeu, quod idem eſt, qui non eſt ſeruus. Patet id ex VLPIANO, *fragmentor. tit.* XI. §. 5. in *iurisprudentia Anteiuſtinian.* SCHVLTINGII, p.

 po-

CICERONE, *orat. pro domo, cap.* 6. ac GELLIO, *libr.* V. *noct. Atticar. cap.* 19. reuera nos non tangunt, quoniam non ſemper ad iurisconſultos ab aliis ſcriptoribus valet conſequentia atque exempla, ab iis petita, ita ſingularia ſunt, vt illorum imitatio profecto haud ſtatui poſſit; neque vero minus ea, quae ex legibus aeque ac libris iurisconſultorum petuntur, ita ſunt comparata, vt ex iis impugnari queat praeſumtio, ad quam prouocaui. Inter leges ſolum fragmentum quoddam legis duodecim tabularum; ex libris autem iurisconſultorum quatuor potiſſimum illorum effata notari debent, *L.* 2. §. 7. *D. de coniung. cum emancipat. liberis*: *L.* 53. *D. de manumiſſis teſtamento*: *L.* 22. §. 1. *D. ad leg. Iul. de adult.* ac *L.* 4. §. 4. *D. ad leg. Iul. peculatus.* Legem decemuiralem *tabula* IV. *leg.* 1. Io. NIC. FVNCIVS, *legibus* XII. *tabular. ſuis fragmentis reſtitutis*, p. 201. ita exhibet: PATREI ENDO FIDIOM IOVSTOM VITAI NECISQVE POTESTAS ESTOD, et licet DIONYS. GOTHOFREDVS eandem legem ita formet: *Endo liberis inſtis ius vitae ac necis poteſtas eo eſto*, meriro animaduertendum eſt, legem hanc ea inter fragmenta referri debere, quorum verba ipſa ad nos non peruenerunt. Haud itaque curate definire poſſumus, quaenam conſtructio huius praepoſitionis decemuiris placuerit; loquendi autem illas formulas, quae legibus, modo adlegatis, occurrunt, videlicet *in rationibus referre, ſuccedere in loco, ius praecipuum in adcuſationem habere atque pecunia in vſu aliquo accepta* ſedulo diſtinguere debemus. Ou duas poſteriores iurisprudentes vitii grammatici arguere non poſſumus, quum omnino recte PAPINIANVS dicit L. 22. § D. *ad legem. Iul. de adult.*; *in accuſationem vitricae filiae habet pater ius praecipuum* ac ſi quoque vſitatius fuiſſet, ſi MARTIANVS ſcripſiſſet L. 4. §. 4. D. *ad leg. Iul. pecul. in vſum aliquem accepta pecunia*; COLVMELLA tamen *libr.* XII. de *re ruſtica cap.* 48. eodem modo eſt loquutus. Longe quidem aliter res ſeſe habet in duobus prioribus, etſi habeant ſtrenuum defenſorem in CAR. ANDR. DVKERO, de *latinitate iuriscouſultorum veterum*; p. 351. ſqq. nemo tamen ex iis colligere audebit, SERVIVM SVLPICIVM eodem modo a regulis grammaticis discedere voluiſſe.

595. qui de capite libero a parente alteri mancipato loquitur, ideoque minime per illud hominem sui iuris intelligere potest, vt putat HEINECCIVS *elem. iur. ciu. libr.* I. *tit.* XIII. §. 203. p. 66. et ex L. 2. §. 2. *D. de lege Rhodia de iactu* Tribuimus itaque merito eandem notionem huic vocabulo nostra in definitione; nec possumus itaque; quin illud interpretemur de tutore, propterea quod tutorem oportebat esse hominem liberum. L. 22. D. *de test. tutel.* sed non omnis liber homo subiectus esse poterat tutelae. 3) Separat nostra definitio a capite libero eum, qui ob aetatem se defendere nequit, quumque hic est pupillus, per id tacite nobis declarat, caput liberum esse tutorem; contrarium autem ideo statuitur, quod his verbis significetur differentia inter tutelam ac curam; pupillus obiectum tutelae constituat ac veteres *capitis liberi* nomine eum, qui subest magis; quam illum, qui regit, designauerint obseruante VLPIANO, *fragm. tit.* XI. §. 3. Dissentiunt inter antiquiores institutionum interpretes, THEOPHILVS, *paraphr. institut tit. de tutel.* §. 1. *tom.* I. p. 137. edit. REITZII, quum verba: vis ac potestas in capite libero, graece conuertit: δίκαιον καὶ ἐξουσία κατὰ ἐλευθέρας κεφαλῆς, ex recentioribus autem: FR. HOTTOMANNVS, *comm. in institut imper.* p. 59. Io. MERCERIVS, *libr.* II. *opinion. et obseruat. cap.* 21. *tom.* II. *thes. iur. Rom.* EVER. OTTONIS p. 1610 VLRIC. HVBERVS, *praelect. iur. ciuil. tom.* I. *libr.* I. *institt. tit.* 13. p. 18. PETR. MVLLERVS, *not. ad Struuium exerc.* XXXI. *thes.* 2. HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *var. resolut. iur. libr.* I. *tract.* IV. *quaest.* 2. p. 182. Nostram in sententiam discedunt Io. GOTTL. HEINECCIVS, *elem. iuris ciuilis*, I. *libr. tit.* XIII. p. 203. ARNOLD. VINNIVS *comm. ad pr. I. de tutelis*, p. 92. EVERARD. OTTO, *comm. ad instit. de tutelis*, §. 1. p. 103. atque alii. EDMVND. MERILLIVS, *ob-*

ſeruat. iuris Rom. libr. VIII. *cap.* 17. GEORG. CHRIST. GEBAVER, *programm. de definitione tutelae Seruii Sulpitii in L.* 1. *de tutel. et* §. 1. *Inſt. eod.* Göttingae CIↃIↃCCLXXIII. ac CHRIST. WAGNERVS, *de genuino definitionis tutelae intellectu*, Lipſiae CIↃIↃCCXXXII. hac de re etiam euoluendi ſunt.

§. II.

Pater exheredato tutorem dare potest.

1) Fundamentum iuris patris, liberis tutorem dandi, eſt ſolum patria poteſtas, ea ratione, vt, qui patriae poteſtati eſt ſubiectus, ei dari quoque queat tutor, ſecundum *L.* 1. *D. de teſtam. tutel.* ac §. 3. *I. de tutelis.* Iam exheredati non minus; quam alii ſunt ſub patria poteſtate eamdemque ob rem etiam iis tutor dari poteſt. 2) MODESTINVS clare ſcribit, etiam exheredato patrem poſſe tutorem dare *L.* 4. *D. de teſtam tutela.* Neque minus 3) rem teſtatam facit PARINIANVS *L.* 26. §. 2. *D. h. t.* effato, paullo maiore attentione digno. Meminit quidem tutoris, qui exheredato filio ſit datus atque a praetore primum confirmandus; ſed haud ſine ratione addit, illud demum fieri debere, vbi querelam inofficioſi teſtamenti inſtituere vellet, ideoque tutelam ipſius ex teſtamento, quod impugnat, haud poteſt deducere. Nonne vero per id ſimul haud obſcure indicat, tutorem confirmatione iudicis minime indigere ac non minus eſſe tutorem teſtamentarium, vbi teſtamentum, quo nominatus ſit tutor, haud impugnat? Quanam quaeſo 4) ratione SCAEVOLA, *L.* 31. *D. de teſtam. tutel.* monuiſſet, tutores eiusmodi eſſe a praetore confirmandos, ſi nomine pupilli, exheredati, rupto teſtamento, ab inteſtato hereditatem adire vellent; niſi alioquin ſine iudicis confirmatione tales tutores munere ſuo fungi poſ-

Digitized by Google

ſent tamquam tutores teſtamentarii? Qui a noſtra ſententia diſſident, prouocant ad comparationem exheredati cum mortuo ac praeceptum *L.* 73. §. 1. *D. de R. I.* non; niſi heredi ſuo tutorem dandum eſſe, atque argumenta ſatis ſpecioſa profert FRANC. HOTTOMANNVS, *libr.* VI. *obſeruat. cap.* 5. ſed vsque eo haud valuerunt, vt in eamdem ſententiam. SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſ. libr.* XXVI. *tit.* II. *quaeſt.* 2. ac reliquos iuris interpretes trahere poſſent.

§. III.

Creditor; vel debitor a pupilli patre in teſtamento tutor nominari potest.

1) SCAEVOLA loquitur L. 70. *D. de procurator.* de caſu, quo pater filio creditorem ſuum tutorem dedit ac per id haud obſcure nobis ſignificat, illud patri fuiſſe permiſſum. 2) *Nou.* 72. *cap.* 3. ſolum de tutoribus legitimis aeque ac datiuis cautum eſt, eos non poſſe tutores conſtitui; niſi indicauerint debitum; vel creditum ac per id immunes declarat hac ab obligatione tutores teſtamentarios. Diſſentiunt ob generalem prohibitionem, quae *nou.* LXXII. reperitur aeque ac *nou.* XCIV. *pr.* et *cap.* I. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theoret. practic. libr.* XXVI. *tit.* I. p. 584. Io. HENR. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtantium*, p. 559. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. pol. diſp.* X. p. 163. ſed noſtram tuentur ſententiam ANT. FABER, *cod. libr.* V. *tit.* XX. *def.* I. ac CONRAD. RITTERSHVSIVS, ad *nou. part.* VIII. *cap.* 4. ego vero ipſe in LAVTERBACHII ſententiam diſceſſi in *opuſculis, tom.* I. *ſect.* I. *ex.* II. §. 4. p. 39.

§. IV.

Si magistratus haud ignarus fuit, tutorem pupilli ſui creditorem eſse et nihilominus ipsi lu-

by Google

tutelam defert, tutor creditum haud amittit; licet illud haud sit profeſsus, vbi tutelam in ſe ſuſceperit.

Si 1) nullum periculum pupilli metuendum ſit ex tutela, a creditore ipſius ſuscepta, merito quoque poena ceſſat, qua tutor alioquin eſt eo nomine coercendus, quod ſiluerit de nomine, quod ipſi pupillus debet, vbi tutelam in ſe ſuſcipit; illud autem haud eſt metuendum, ſi magiſtratus eius non ignarus ipſum tutorem dedit. Si 2) a patre creditor poteſt tutor nominari; neque, hoc facto crediti ſui expers ſit, idem quoque obtinet, vbi ob illud magiſtratus iſtum a tutela haud excluſit. Qui aliud exiſtimant, id cum AVG. BERLICHIO, *part.* II. *dec.* 70. ac FINCKELTHAVSIO, *obs.* XXVIII. *num.* 15. ob *Nouell.* 72. *cap.* 4. et *authent. minoris C. qui dare tut. vel curat.* ſtatuunt: noſtram ſententiam tuentur BENED. CARPZOVIVS, *libr.* V. *reſp.* 89. et *part.* II. *conſt.* 21. *def.* 19. atque auctores *der Meditationen vber verſchiedene Rechtsmaterien, Band* I. p. 234.

§. V.

Tutorem pater dare nequit teſtamento inter liberos condito.

1) Conſtat hoc ex notione eiusmodi teſtamenti, quum in illo ſaltem, quemadmodum ad liberos peruenire queat hereditas, ſignificatur ideoque ibi ordinarie nihil ordinari poteſt, quod tangit tertium. Clare dein 2) ALEXANDER imperator *L.* 2. *D. de confirmando tutore* ſancit, indubitati iuris eſſe, neque per epiſtolam; neque per imperfectum teſtamentum tutorem dari poſſe; teſtamentum autem parentum inter liberos eſſe teſtamentum imperfectum, diſcimus ex *L.* 21. *§.* 1. *C. de teſtamentis.* Ob *L.* 21. §. 1. *C. de teſt. Nou.* 107. *cap.* 1. at.

atque authenticam *quod ſine C. de teſtam.* L. 120. *D. de V. S.* ac L. 28. *D. de teſtam. mil.* LVD. MENCKE, *gymnaſ. polemico*, *diſp.* x. *theſ.* IX. p. 164. ac WOLFG. AD LAVTERBACHIVS, *colleg. theoret. practic. tit.* 4. *de teſtamentar. tutel.* p. 594. diſſentiunt. Sed ei refragatur Io. HENR. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtant.* p. 563.

§. VI.

Si tutori, testamento dato, ob defectum magistratus confirmatione opus fuerit, ille non ad datiuos; ſed testamentarios est referendus tutores.

1) Supplet enim tantum confirmatio magiſtratus id, quod deficit in tutela teſtamentaria. 2) Non dependet eiusmodi tutoris datio a mero magiſtratus arbitrio; ſed ſequi potius debet iudicium defuncti, vti ait PAVLLVS, L. 32. *D. de excuſat. tutor.* neque id ſolum locum habet in patre; verum etiam matre atque aliis, quod iuri-conſultus ait verbis: *idem in matris teſtamento dicendum eſt*; praeter eum autem L. 1. et 4. *D. de confirmand tut.* rem clare confirmat. 3) Antecedunt eiusmodi tutores omnibus tutoribus legitimis, vti monſtrat GERHARD. NOODTIVS, *comm. ad pandectas libr.* XXVI. *tit.* III. *tom.* II. *oper.* p. 544. iis vero nemo; niſi teſtamentarius in tutela praefertur. 4) Liberi ſunt tanquam teſtamentarii a ſatisdatione. Idem quidem reperitur in tutoribus, a magiſtratu maiori ex inquiſitione datis; quum autem hos a ſatisdatione liberat iudicium iudicis: illi ideo potius haud ſatisdant, quod bona de tutore opinio, quam is, qui illum in teſtamento dedit, habuit, pupillum reddit ſecurum. Videmus hoc ex L. 32. *D. de excuſation.* et L. 4. *D. de confirmando tutore*; locupletiſſimus vero eius rei eſt teſtis IVLIANVS, quum ra-

rationem, cur eiusmodi tutor satisdatione haud grauandus sit, in eo ponit, *quod sit quasi ex testamento tutor*, L. 3. *D. de confirmand. tut.* Dissentiunt IAC. CVIACIVS, *libr.* VII. *obs. cap.* 7. HERM. VVLTEIVS, *not. ad* §. 2. et 3. *I de tutel* et WOLFG. AD. LAVTERBACIVS, *compend. dig. tit. de confirm. tut.* §. 1. quia tutor munus suum potissimum confirmationi magistratus debet; neque vero minus SAM. DE COCCEII, *iur. controuerso, libr.* XXVI. *tit.* III. *tom* III. p. 120. dum mediam viam eligit ac eiusmodi tutelam mixtam vocat.

§. VII.

Tutor a matre filio, quem illa heredem non scripsit, datus, iure perfecto confirmationem a magistratu poscere nequit.

1) Ait MODESTINVS matrem tutorem non; nisi instituto filio dare posse L. 4. *D. de testament. tutela.* 2) PAPINIANVS definit casum, quo a matre tutor datus est; neque tamen omittit, ipsam filium heredem scripsisse ac per id satis euidenter declarat, id ad tutoris dationem requiri, quae fiat a matre. 3) ALEXANDER imperator L. 4. *C. de testamentar. tutel.* dicit, matrem testamento filio non tutores dare; nisi eum heredem scripserit. Addit quidem eos solere confirmare, etsi ipsi heredes haud sint scripti; sed per id nostram regulam, supra formatam, mirum in modum corroborat, quum solum eos *solere* adfirmat; minime autem debere confirmari. Nec itaque opus est, vt ad emendationem CVIACII confugiamus, id quod iam scite monuit CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK, *libr.* II. *obseruat. iur. Romani cap.* XVII. *tom.* II. *operum* p. 175. Aliud statuit ob L. 4. *C. de testam.* praeter veterem glossatorem Io. HARPRECHTVS *comment. in institut. tom.* I. *libr.* I. *tit.* XIII. p. 211.

§. VIII

§. VIII.

Pater ſolum prohibere potest; quominus mater liberorum tutelam in ſe ſuſcipiat, quamuis ipſe in testamento tutores haud nominauerit.

1) Secundum *authenticam Matri C. quando mulier tutelae officio* teſtamentarii tutores praeferendi ſunt matri et auiae, quumque ratio huius ſanctionis in eo ponitur, quod defuncti voluntas merito ſit praeponenda, ex ea colligimus, non ſolum matrem atque auiam excludi a tutela gerenda, vbi tutores teſtamentarii conſtituti ſunt a patre; verum etiam idem fieri, vbi prohibet ſaltem pater; quo minus mater atque auia ſuſcipiat tutelam. 2) Si matri permiſſum eſt, teſtamento impedire, quo minus pater fiat curator communium liberorum, merito quoque hac in re concludimus a matre ad patrem; verum enim vero prius conſtat ex L. 21. §. 4. D. *de tutoribus et curatoribus.* Tandem 3) MODESTINVS denegat tutelam L. 21. §. 2. D. *de tut. et curatoribus datis*; ei quem parentes a munere tutelae arcendum cenſuerunt. Diſſentiunt inprimis ideo, quod ius tutelae legitimae haud auferri queat ob L. 11. D. *de R. I.* ac *nou.* XXII. *cap.* 33. et §. 27. I. *de legat.* HIERON. TREVTLERVS *vol.* II. *diſſ.* VIII. §. 3. PETR. PECKIVS, *libr* II. *de teſtament. coniectur.* XVI. et LVD. MENCKE, *gymnaſ. pol. diſp.* X. p. 105. mecum vero plane conſpirat SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVI. *tit.* III. *quaeſt.* V. p. 222.

§. IX.

Auus paternus ex ſententia iuris Romani sine dubio matri in tutela praecedit.

1) Auus iam eo iure tutor erat, quo matri ad tutelam adſpirare haud licebat. Vbi enim ad paullo antiquiora tempora oculos conuertimus, nepotes in iis, vbi haud

haud fuerunt aui in poteſtate patria ideoque ſui iuris, habuiſſe conſtat in auo patronum. Quum illi ius patronatus per emancipationem conſequerentur, ſiue haec nepotis patri; ſiue ipſi contingeret, auus tamquam patronus tutor nepotis legitimus itaque ab antiquiſſimis temporibus erat, vti ex *tit. I. de legitima patronorum tutela* clare conſtat; iſta autem aetate matri tutela haud deferebatur. Iam hac in re haud derogatum eſt iuri antiquiori in legibus recentioribus ideoque merito quoque matri auum praeferimus. 2) Secundum *Nou.* CXVIII. *cap. penult.* et *auth. matri et auiae C. de tutorib. legitimis* mater ſolum iis, qui a latere ſunt iuncti eſt praeferenda; ſed ad hos auus referri haud debet. Diſſentiunt ob *nou.* 118. *cap.* 5. praeter quosdam interpretes antiquiores FRID. PRVCKMANNVS, *vol.* I. *conſil.* XXVII, *num.* 156. REINH. BACHOVIVS ad TREVTLERVM, *vol.* II. *diſp.* VIII. *theſ.* 3. atque alii; verum tamen in noſtram deſcendunt ſententiam BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *deciſ.* CXXII. *et part.* II. *conſt.* XI. *def.* 13. LVD. MENCKE, *gymnaſ. pol. disp.* X. p. 165. ANTON. FABER, de *error. pragmat. dec.* VI. *err.* 7. SAM. DE COCCEII, *loc. laudat.*

§. X.

Vitricus priuigni ſui tutor dari potest.

Qui lege haud prohibetur a tutela gerenda, is ad ſuſcipiendam iſtam eſt habilis. Vitricum autem ab hoc munere iura non arcent. Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad L. I. *C. vbi pupillus educari debet* ac L. 2. C. *de adminiſtrat. tut.* neque minus ad L. 32. §. 1. et L. 33. D. *de adopt.* In his exiſtit WESENBECIVS *ad tit.* D. *de tutel. nr.* 5. ſed mecum conſentiunt HENR. HAHNIVS, *ad Weſenbecium, loc. memorat.* DAV. MEVIVS, *part.* VIII. *dec.* 330. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. polem. disp.* X. p. 165.

§. XI.

§. XI.

Si tutor datus notoriam habet aduerſus pupillum actionem, ea haud priuatur, licet de illa, munus ſuſcipiens, tacuerit.

Si nomen, quod tutor habet, eſt notorium, merito ſupponendum eſt, iudici quoque illud haud eſſe ignotum; quo vero poſito, ratio ceſſat, cur illud indicare alioquin debeat. Si dein patri permiſſum eſt, creditorem vel debitorem tutorem nominare, merito quoque illud licitum eſt iudici; priori vero id licere, ſupra §. III. demonſtrauimus; ab vno autem ad alterum valere conſequentiam, ex eo videmus, quod etiam creditor a patre datus, ad munus hoc prius haud admittatur; quam ſi nomen eius patri fuerit cognitum. Quaeſtionem hanc in medium proferunt; diuerſa tamen ratione decidunt Io. GVTIERRETZ, *de tutelis*, *part.* I. *cap.* XX. *num.* 6. ANTON. FABER, *cod. Sabaud libr.* V. *tit.* XX. *def.* I. BENED. CARPZOV, *iurisprud. forenſi*, *part.* II. *conſt.* XI. *def.* XIX. et WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *loc. excit.*

§. XII.

Tutores petendi ſunt a matre ſaltem intra annum.

1) Claris verbis imperator ſtatuit, §. 6. I. *ad SC. Tertullian.* matrem a ſucceſſione liberorum tum demum eſſe repellendam, vbi intra annum tutores petere neglexerit. Conueniunt 2) cum his ea, quae ſanxerunt imperatores THEOD. et VALENTINIANVS, L. 10. *C. de legitim. hered.* Aliud opinantur, quoniam nullum tempus nominatur in L. 2. ſ. 23. 35. et 38. ad *SC Tertull.* ARNOLD. VINNIVS ad §. 6. I. ad *Sctum Trebellian.*

cum

cum Reinh. Bachovio atque aliis. Sed mecum consentit Lvd. Mencke, *gymnas. polem. disp.* x. p. 166. Conferas Io. Rvd. Engav, diss. *de poenis in tutore petendo negligentium*, §. x.

§. XIII.

Quamuis mater, a successione liberorum, post pubertatem viuis exemtorum, nullo excludi queat modo ob tutores ab ipsa haud petitos; illi tamen poena haec haud est remissa, si vivis eximantur; antequam ad pubertatem perueniant.

Quod ad *prius* spectat *membrum*, sine ab intestato; sive relicto testamento, decedunt liberi. Ex *L.* 3. *C. ad SC. Tertullianum* discimus, matri haud denegari successionem ab intestato hoc in casu, quumque neque intermissa tutorum petitio *Nou.* cxv, *cap.* 4. inter causas numeratur, ob quas parentes exheredes scribere possint liberi, neque condito testamento, metuere debet mater, quae intra annum tutorem haud petiit, iacturam hereditatis. Eadem ratione recte sese habet propositionis huius *membrum posterius*. Certum est atque extra omnem dubitationem positum, ex iure codicis hereditate priuatam fuisse matrem, in tutore petendo negligentem, vbi intra pubertatem liberi decesserint, vti ex §. 6. *I. ad SC. Tertull. L.* 6. *C. ad SC. Tertull.* ac *L.* 10. *C. de legit. hered.* constat. Illud haud est sublatum iure nouellarum et quamuis quidam sibi persuadeant, factum id esse *Nou.* cxv. *cap.* 4. merito tamen animaduertendum est, istam sanctionem solum spectare ad liberos, qui facultate fruuntur, de rebus suis disponendi? longe vero aliam esse rationem eorum, qui facultate ista careant quorumne a hereditate mater non

ipſorum ex voluntate; ſed ipſo arcetur iure eamdemque ob cauſſam ab his ad illos haud valere conſequentiam, Nobiscum facit HENR. CHRIST. STRYCKIVS *intereſſe controuerſiar. cap.* IV. §. 1. inter aduerſarios deprehendimus Io. CHRISTOPH. FRANCKIVM, *de ſucceſſione liberorum, matri in tutore ipſis petendo negligenti, hodierno iure non adimenda, cap.* III. §. 12. et Ip. RVD. ENGAV. diſſ. *de poenis in tutore petendo negligentium,* CIↃIↃCCLVIII.

§. XIV.

Non datur tutela pactitia iure Romano fundata.

Concludimus id 1) ex eo, quod tutela pactitia neque ſit teſtamentaria; neque legitima; neque datiua; tres autem ſaltem hae ſpecies iure ex Romano ſint notae. Certum dein eſt 2) tutoris dationem primario reipublicae competere priuatumque illam ſibi ſolum adſcribere poſſe eo modo, quo id ipſi ſit permiſſum a republica; haec autem patrifamilias tantum nominare tutores permittebat in teſtamento. 3) Comparat ius Romanorum ab antiquiſſimis abhinc temporibus tutelam cum hereditate, ita, vt ab vna ad alteram concludere liceat; de hereditate autem priuatis pacta inire haud licebat. Diſſentiunt ob §. 9. *I. de excuſat.* ac L. 15. §. 1. *D. de excuſat.* L. 29. *D. de teſtam. tut* L. 3. §. 7. L. 5. §. 3. L. 55. *pr.* et §. 2. *D. de adminiſtrat. tut. L.* 14. §. 1. *D. de ſolut.* §. 1. *I. de ſatisdatione* ac *L.* 5. §. 2. *D. de mag. conuen.* SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod pandectar. tit. de tutelis,* §. XIV. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCXXVIII. *med.* 9. Io. FRID. HOEPNERVS, *de tutela pactitia,* Lipſ. CIↃCCXXXI. CHR. GOTTL. EISENHARDVS, *de tutela pactitia, Romanis non incognita,* Lipſ. CIↃIↃCXXXIX. IOACH. GEORG. DARIES,

RIES, *de tutela pactitia, tam in iure Romano; quam Germanico incognita*, Ien. clɔlɔccxxxix. Neque vero minus plures exſtiterunt fautores ſententiae, quam tradidi. Quemadmodum in illam prolixi fuerunt omnes antiquiores iurisconſulti, qui ante STRYCKIVM vixerunt; neque vni vnquam eorum in mentem venit, in iure Romano talem tutelam quaerere; ita quoque recentiore aetate multi communem iſtam adprobarunt opinionem. Prius fuit, qui in dubium vel minimum vocaret STRYCKII coniecturam Io. PETR. DE LVDEWIG, *differentiis iuris Rom. et German. in tutelis teſtamentaria et legitima*, Hal. clɔlɔccxii. Eum ſunt ſequuti ADAM. FRID. GLAFEY, *epiſt. de tutela pactitia*, Tubingae clɔlɔccxvi. CHRIST. HENR. HILLERVS, diſp. *de figmento tutelae pactitiae et conuentionalis*, Tubingae clɔlɔccxvi. CAR. GOTTL. KNORR, *epiſtol. de tutela pactitia Romanis incognita*, Hal. clɔlɔccxxxvi. LVDOV. HENR. SCHMID, *de tutela pactitia iure Romano incognita*, Altonae, clɔlɔccxxxiii. quibus OPII XANTROPII, *medit. de fictitio tutel. pactitiae fundam. in iure Romano*, Germhuſingae, clɔlɔccxl, DARIESII, argumentis inprimis oppoſitam, iungas. Hiſtoriam totius controuerſiae recenſent *die Halliſchen Beytraege zur iuriſtiſchen gelehrten Hiſtorie, vol.* I. p. 131.

§. XV.

Lis in ſe ſpectata tutorem haud reddit inhabilem, ad munus obeundum; excuſare tamen ſe hoc nomine potest.

Poſterius conſtat ex §. 4. I. *de excuſat. tutor.* prius autem ex natura excuſationum voluntariarum colligimus. Inter eas etiam numeramus illam, quae fit ob litem, quum a IVSTINIANO *loc. memorato* inter voluntarias ex-

cusationes recensetur; ea vero, quae cauta sunt *nouell.* LXXII. *cap.* 1. *et* 3. minime omnes tangit tutores cum pupillo litigantes; sed eos solum, de quibus apertissime constat, illos esse creditores; vel debitores pupilli. Ita sentit BENED. CARPZOVIVS, *libr.* V. *resp.* 90. *num.* 11. Ab illo discrepant Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 7. *C. de excusat. tutor.* a NIC. CHRIST. LYNCKERO, *trutina doctrinarum, Io. Brunnemanni*, p. 31. castigatus. Eius quoque meminit HENR. CHRIST. STRYKIVS, *interesse controuersiar. cap.* III. p. 81. et qui aduersariae sententiae fautores sunt, illam *Nou.* LXXII. *cap.* 2. et 3. corroborandam esse, censent. *a*

§. XVI.

Ex sententia iuris ciuilis is, qui excusatione quadam liberare se potest a tutela gerenda, ad iudicem superiorem prouocare haud potest; antequam ipsius excusatio sit reiecta.

1) Qui excusare se volunt, ii non adpellant ex sententia imperatoris, §. 16. *I. de excusat.* 2) MODESTINVS, *L.* 13. *pr. D. de excusat.* scribit, eos, quibus tutela data est, licentiam habere adpellandi, vbi sententia abstulerit ipsis excusationes et solum rationem eius propositionis in verbis antea recitatis profert, quod scilicet non necesse habeant curatores dati prouocare. Patet 3) id ex eo, quod cuilibet tutela imponatur, saluis ipsius excusationibus ideoque delatio tutelae verum grauamen tutori haud inferat: cessante autem grauamine, cessat quoque adpellatio. Aliter sentiunt ob L. 20. *D. de administrat. tut.* L. 4. *D. de adpell.* ac *L.* 17. §. 1. *D. de adpellat.* IAC. CVIACIVS, ad *L.* 4. *de excusat.* GEORG. AD. STRVVIVS, *syntagmat. iuris ciuilis, exerc.* XXXI. *thes.* 59. *tom.* II. p. 584. HIERON. TREVTLERVS, *vol.* II. *disp.*

diſp. 9. theſ. 1. Io. HARPRECHTVS, *ad §. 16. I. de excuſat.* atque alii: ſed noſtram fouent ſententiam Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 16. et 18. *C. de excuſ.* ARNOLD. VINNIVS, ad §. 16. *I. de excuſ.* ANT. PEREZ ad *tit. C. de excuſ. num.* 17.

§. XVII.

Non omnis tutor legatum, ipsi a pupilli patre relictum, perdit, si excusatione vtitur.

Duplex propoſitio hisce verbis continetur, quum nonnunquam accidere adſirmamus, vt eiusmodi tutor legati fiat expers; nonnunquam tamen excuſationem talem producere effectum, negamus et diſtinguimus potius, vtrum cauſſa, cur legatum pater reliquerit, in tutela, ab ipſo ſuſcipienda, ſit quaerenda; nec ne? iure vero nos diſtinguere, diſcimus ex eo, quod PAPINIANVS, L. 28. §. 1. *D. de excuſat.* ſolum ea legata denegat tutori, *quae remunerandae fidei cauſſa teſtamento parentis relinquuntur;* filium vero, qui a tutela fratris, a patre commiſſa, per excuſationem ſe liberauit, eiusmodi legato haud priuandum cenſet, propterea quod pater tale legatum ipſi non tanquam tutori; ſed tanquam filio reliquit; longe autem clarius id adhuc confirmat PAVLLVS, L. 32. *D. de excuſat.* Quibus aliud placet, non minus praeſidium petunt ex L. 28. *pr. D. de teſtam. tutela*, et diſputant hac de re PAVLL. MONTANVS, *de tutelis, cap. 9. num.* 26. Io. GVTIERREZ, *de tutel. part.* 1. *cap.* 22. *num.* 1. Io. MYNSINGERVS, *libr.* VI. *obſ.* 78. *num.* 3. et HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *intereſſe controuerſiar. cap.* IV. §. 25.

Digitized by Google

§. XVIII.

Honorarius tutor administrationi rerum pupilli iure sese haud immiscet.

Si 1) pluribus tutoribus nominatis, pater declaranit, quis administrationem rerum in se suscipere debeat quisue ab illa sit excludendus, norma haec ab eo praescripta, caute est obseruanda, vti tradit VLPIANVS, L. 3. §. 1. *D. de administrat. et periculo tutorum;* pater autem tutorem ab administratione excludit, vbi eum honorarium esse declarauit, vt idem iurisconsultus, L. 3. §. 2. *D. de admin. et peric. tutorum*, non obscure tradit. Ita censent PETR. WESENBECIVS, *tit. dig. de auctor. num.* 3. atque alii: PETR. GREG. THOLOSANVS, *syntagm. iur. vniu. libr.* XII. *cap.* 14. BENED. CARPZOV, *libr.* V. *resp.* 67. ac WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS diss. *de honorario tutore, cap.* III. §. 29. *num.* 9. dissentiunt. Quibus aliud placet, prouocant ad L. 14. *D. de adquir. vel amitt. hered.* ac L. 14. §. 1. *D. de solut.*

§. XIX.

Mater tutrix ab inuentarii confectione haud est libera.

1) Mater in tutorum legitimorum venit censum; ii autem haud liberi sunt ab inuentarii confectione, vt constat ex L. 7. *pr. D.* et L. 24. *C. de admin. tutor.* L. *vlt.* §. 1. *C. arbit. tut.* 2) Pater quidem necessitate hac haud est obstrictus; quum autem illud ideo fieri constat, quod in bonis aduentitiis habeat vsumfructum atque eo caret mater, neque illam ab onere isto liberare possumus. Aliud a quibusdam statuitur ob L. *fin.* §. 10. *C. de iure deliberandi.* Inter eos locum tenent ANT. HERING, *de fideiussor. cap.* 8. *num.* 78. IOACH. MYNSINGERVS

GERVS *libr.* II. *obſeruat.* 93. Io. FINCKELTHAVSIVS *pract. obſeru.* LXXVI. *num.* 8. cum aliis. Sed nobiscum conſpirat PETR. MVLLERVS, *comm. ad Struu. tom.* II. p. 553.

§. XX.

Curator minori furioſo datus non est curator aetatis; ſed curator ob furorem constitutus.

1) Secundum ius Romanum curatorem minoris haud cogitare possumus; nisi minoris precibus sit constitutus. Haud id solum legibus antiquioribus erat cautum; sed idem volunt recentiores, licet minores necessitate petendi tutores haud adstringerent ac clare praeciperent, vt dentur curatores non; nisi minoribus desiderantibus, teste PAPINIANO, L. 13. *in fin. D. de tut. et curat. dat.* MODESTINO, L. 2. §. *pen. D. qui pet. tutor.* quibuscum ipsum imperatorem iungas, §. 2. *I. de curatoribus*; quo quaeso autem modo minor furiosus petere potest tutorem? 2) Curator minoris rei saltem datur, vt tironi est notum; curator autem furioſi eius quoque personae est praefectus, secundum L. 7. *pr. D. de curator. furioſi.* Tandem 4) curator minoris negotiis eius solum adsistit; curator autem furioſi illa ipsa eius nomine expedit, L. 2. *D. de iure codicillor.* ac L. 31. §. 4. *D. de vsurpat. vsucap.* Sententia huic inprimis opponitur L. 3. §. 1. *D. de tutelis*, eamdemque ob rem aliud censent: FRANC. DE AMAYA, *libr.* I. *obseruation. cap.* 8. p. 52. ARNOLD. VINNIVS, *commentar. institution.* p. 120. PETR. MVLLERVS, *comm. ad Struu. syſtem. iuris ciuilis, exerc.* XXXI. *theſ.* 6. *tom.* II. p. 514. sed iis repugnant: PAVLL. MONTANVS *de tutel. cap.* XXXVII. *num.* 84. Io. BRVNNEMANNVS ad L. 3. *D. de tutel.* ac HENR.

CHRIST. STRYCKIVS, *intereſſe controuerſiar. cap.* IV. p. 75.

§. XXI.

Alienatio rerum pupillarium inualida silentio, quod per quinque annorum ſpatiuum post maiorennitatem durauit, conualeſcit.

Res extra omnem dubitationem eſt poſita. Loquitur Iuſtinianus L. 3. *C. ſi maior factus alienationem factam* de eiusmodi alienationibus, in quibus ſollemnitates, alienationibus rerum minorum praeſcriptae, haud ſunt obſeruatae, id quod partim ex inſcriptione tituli, legem hanc continentis, ſi ex ea rite quidquam colligi poteſt; partim ex initio ipſius legis concludimus: *ſi quando ſine decreto - - - alienantur* et iſtas ratas eſſe ac validas iubet, ſi per quinque continuos annos poſt impletam minorum aetatem, nihil conqueſtus eſt maior. Diſcedit his ex rationibus a Io. HENR. BERGERO, *oecon. iuris, libr.* I. *tit.* IV. *theſ.* II. Io. BRVNNEMANNO, ad L. *vlt. C. ſi maior. factus* atque aliis AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCXXXXV. *med.* I.

§. XXII.

In alienatione rerum pupilli immobilium neque neceſse est, vt eam praecedat iudicis decretum; neque requiritur ſubhastatio.

Duobus membris conſtat haec propoſitio. Prius ex *L.* 2. *D. de rebus eorum* probamus, quod ſolummodo, alienationem reſcripto confirmandam eſſe, tradit; ad poſterius autem corroborandum, prouocamus partim 1) ad ſilentium legum, quarum nulla ſubhaſtationem praeſcribit; partim 2) ad primarium argumentum, quo vtun-

vtuntur, qui contrariam fouent ſententiam. Petunt illud ex eo, quod iuſtum ſemper adeſſe debeat pretium, in alienatione rerum pupilli. Erui illud poſſe etiam ſine ſubhaſtatione, experientia docet. Nonne itaque ſuperflua eſt ſubhaſtatio, vbi iam euidens ſit atque conſtat, rem pro iuſto pretio alienari? Tandem 3) illud ex effectu ratihabitioni L. 7. *C. ad Sctum Mac.* tributo, adparet. Pertinet vtraque quaeſtio ad eas, de quibus maximo cum feruore contenderunt prudentes. Quod ſpertinet ad membrum prius, de iudicis decreto: ſententiae noſtrae inprimis opponi ſolet *L. 6. C. de praedicis* et *aliis rebus minorum;* ei autem, quam ſecundo adoptauimus, opponi ſolet, quod tutoribus et curatoribus occaſio, circumueniendi pupillos ſuppeditetur, ſi licitatio omittatur: eae res, quae ſine decreto praetoris vendi haud poſſint, neceſſario per auctionem ſint diſtrahendae: neque minus neceſſitas ſubhaſtationis ſit concludenda ex *L. 1. §. 3. D. de tut. et rat. L. 7. §. 8. D. de minor. L. 3. C. ſi adu. fiſc.* atque *auth. Hoc ius porrectum C. de SS. eccleſiis* eaindemque ob cauſſam a noſtra deflectunt ſententia BENEDICTVS CARPZOVIVS, *libr v. reſponſ. 72.* ac *part. II. deciſ. 195.* Io. A SANDE, *de alienat. rer. prohibit. part. I. cap. I. §. 9.* OCTAV. SIMONCELLVS, *de decret. num. 6.* FRANC. HOTTOMANNVS, *conſil. XXIV.* IAC. CVIACIVS, *comm. ad tit. C. de adminiſtrat. tutel.* nec noniurisconſulti Lipſienſes, in reſponſo a Io. PHILIPPI vulgato, *de ſubhaſtat. cap. 2. comm. 3. num. 36.* et NIC. CHRIST. LYNCKERVS, *trutina Io. Brunnemanni*, p. 36. ſed nobiscum plane conueniunt: Io. BRVNNEMANNVS, ad *L. 10. D. de reb. eorum, qui ſub. tutel.* GOTTFR. SVEVVS, *an in alienat. pupilli vel minoris bonorum neceſſaria ſit ſubhaſta*, Vitebergae cIↃIↃCCIV. MATTH. BERLICHIVS, *deciſ.* 149. Io. HENRIC. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtantium,*

libr. XXVII. *tit.* 9. p. 581. SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo*, *libr.* XXVII. *tit.* XIV. *quaeſt.* IV. p. 236. IO. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. ex.* XXXVII. §. 211. IO. BALTHAS. WERNHER, *part.* I. *obſ.* 154. AVG. LEYSER, *med. ad pand. ſpec.* CCCXLIV. *med.* 6. et IO. GOTTL. FVRBRINGER, diſſ. *de cauſſis, ex quibus permiſſa eſt rerum, quae minorum ſunt, alienatio*, quam hac in academia praeſide ACHAT. LVD. CAROL. SCHMIDIO, CIↃIↃCCLXV. defendit, §. *vlt.*

§. XXIII.

Si iureiurando minoris alienatio bonorum illius confirmatur, ſeruanda est, licet reliqua eius ſollemnia deficiant.

Non negandum eſt, maiorem poſſe adhuc ſanare vitia alienationis, in eius minorennitate peractae, ſi ratam eam habeat; minorem autem, qui iureiurando rem confirmat, cum maiore comparare debemus, propterea quod ſacramentum ex ſentent. authenticae *ſacramenta puberum C. ſi aduerſ. vend.* ex minore facit maiorem quemadmodum copioſius rem exponit CHRIST. WILDVOGEL, *diſſ. de iuram. actus puberum confirmante*, Ienae CIↃIↃCCVIV. Neque vero id extra omne dubium poſitum eſt, quum plerique ſine reſtrictione poſitionem hanc probant; alii vero diſtinctione vtuntur, quod tradit HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *intereſſe controuerſiar. cap.* IV. §. 22.

§. XXIV.

Ad vſuras vſurarum tutor non est obligatus.

I) Vbi

1) Vbi lex non distinguit, ibi nec iurisconsultus distinguere potest; verum enimuero sine vlla distinctione vsurae vsurarum *L.* 24. C. *de vsuris* ita prohibitae sunt, vt haud exceptionem huius regulae adsumere possimus, si vsuras debet tutor. Quum 2) haud legem iure proferre possumus, ex qua pupillo licitum sit, vsuras vsurarum a tutore suo petere: merito colligimus, illud, si a tutore exigantur, illicite fieri, hocque si supponamus, merito quoque ad L. 20. *C. ex quibus cauſſis infamia irrogatur* prouocare possumus ac cum illa iungimus L. 29. *D. de vsuris.* Eamdem fouent sententiam GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXVII. §. 51. GEORG. FRANTZKIVS, *libr.* II. *resolut. cap.* 10. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L. vlt. C. de vsuris* et L. 7. §. 12. *D. de administrat. et peric. tutor.* Io. SANDIVS, *libr.* III. *tit.* XIV. *def.* 6. IVST. HENNING. BOEHMER, *consil. et responsor. tom. I. resp.* 597. *num.* 11. auctores *der Meditationen vber verschiedene Rechtsmaterien, Band* 1. p. 190. et CONRAD. IVL. HIERON. TVCKERMANN, de *tutore ad praestandas vsurarum vsuras haud obligato*, Gottingae, cIↃIↃccLXXXIX. Ob L. 9. §. 3. ac L. 7. §. 12. *D. de administrat. et peric. tutor.* et *L. vlt. C. de vsuris* aliud placet DAV. MEVIO, *cent.* I. *decis.* 73. LVD. MENCKIO *de tutore et curatore ad vsuras ex suo debito vsurarum obligato, Lipſ.* cIↃccIII. NIC. CHRIST. LYNCKER, *part.* II. *decis.* 996. et Io. BALTH. WERNHER, *part.* VIII. *obs.* 397.

§. XXV.

Competit quoque pupilli heredibus in bonis tutoris pignus, quod ipsi tribuunt leges pupillo.

Quum

Quum heres succeſſor eſt in omne ius defuncti, merito quoque ad illud referendum eſt pignus, defuncto competens. Acceſſorium illud eſt iuris, ex tutoris descendentis obligatione, quumque illud ſine vllo dubio ad heredes transfertur, idem quoque adfirmandum eſt de pignore pupilli. Clare hoc 1) indicat iurisconſultus L. 63. *D. de R. I.* quum tradit, non deficere *rationem auxilii*, licet ad hunc; vel ad illum peruenerit actio. Neque minus 2) illud colligimus ex iure heredum vxoris quumque imperator §. 29. *I. de action.* tacitum vxoris pignus in bonis mariti eius etiam heredibus adſignat, ab illis iure ac merito concludimus ad heredes pupilli. Liquet idem 3) ex L. 20. *C. de adminiſtrat. tutorum et nouell.* CXIII. *cap.* 5. quae adminiſtrationi rerum pupillarium tacitam ineſſe hypothecam tradunt. Quae quamuis ſententiam noſtram mirum in modum corroborent; magnum tamen hac de quaeſtione inter iurisconſultos exſtitit diſſidium. Primus fuit, quantum ſcimus, qui eam attingeret MATTH. COLERVS, *deciſ. Germaniae part.* II. *deciſ* 274. *nr.* 4. Denegabat hoc ius heredibus; neque improbabat hanc opinionem BENED. CARPZOVIVS, vt *part.* II. *conſt.* XXIV. *def.* 2. poſtea vero in aduerſariorum caſtra tranſiit atque amplexus eſt contrariam opinionem *reſponſ. iur. libr.* IV. *reſp.* 33. *nr.* 19. Euenit itaque, vt vtraque cohors iurisconſultorum auctoritate CARPZOVII, tanquam ducis atque anteſignani, ſe tueatur et inprimis praeter eum Io. VOETIVS, *commentar. ad pand. libr.* XX. *tit.* II. §. 18. Io. HENR. BERGER, *elect. diſcept. forenſ. tit.* XLV. *obſ.* I. *not.* 2. Io. BRVNNEMANNVS, *commentar. ad L.* 20. *C. de adminiſtrat.* Iust. HENR. GOTHOFR. BAVERVS, diſſ. *de pignore pupilli*, Lipſ. CIↃIↃCCXXXVII. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* I. p. 228. noſtram tueantur ſententiam; ab ea autem abhorreant

reant Lvd. Mencke *fyſt. iur. ciuil. libr.* xx. *tit.* 11. §. 1. *in fin.* Georg. Frantzkivs, *ad pand. libr.* xx. *tit.* 1. *num.* 34. Christ. Phil. Richtervs, *de iure et priuil. creditorum*, *diſſ.* viii. p. 210. Georg. Ad. Stravvivs, *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* xxvi. *theſ.* 20. *tom.* ii. p. 22. Matth. Berlichivs, *part.* 1. *concluſ.* 67. cum aliis et quidem ob L. 42. *D. de adminiſtrat. tut.* ac L. 19. §. 1. *D. de rebus auctor. iud. poſſ.* Copioſius ſententiam hanc expoſui in *programm. de priuil. pupilli, L.* 19. *D. de rebus aut. iud. poſſ. denegato eius heredi,* Ienae, cIↃIↃCCLXIX.

§. XXVI.

Prodigus quoque tacita fruitur hypotheca, in bonis curatoris ipsius.

Satis notum eſt, priuilegium hoc nomine pupillis competens claris verbis extendi ad furioſos, L. *fin.* §. 6. *C. de curat. furioſi*; illam autem ita interpretandam eſſe, vt inſeruiat quoque prodigis, extra omnem dubitationem eſt poſitum. Indicat hoc iam Tribonianus per inſcriptionem titulo, hanc legem complectenti, datam: *de curatore furioſi et prodigi*; neque verò minus certum eſt, eo nomine prodigum ſub cura eſſe, quod furioſo aequiparetur, L. 1. *pr. D. de curat. furioſi* eamdemque ob cauſſam furioſum ac prodigum coniungi, §. 3. *I. de curat.* L. 15. *D. de curat. fur.* ac *L.* 1. *C. de curat. furioſi; vel prodigi.* Nobiscum conſpirant: Matth. Berlichivs, *concluſ.* xvii. *num.* 15. *col.* 6. Gottl. Gerhard. Titivs, *iur. priuat. libr.* iii. *cap.* 18. §. 2. Bened. Carpzovivs *part.* ii. *conſt.* xxiv. *def.* 10. Georg. Ad. Struvvivs, *ſyntagm. iur. ciuil. ex.* xxvi. §. 13. Io. Henr. Berger, *elect. diſcept. forenſ. tit.* xlv. *obſ.* 2. atque alii; iis vero repugnant, quod legibus clare haud appro-

adprobetur haec ſententia, ANT. FABER, *iurisprud. Papinianea*, *tit.* XII. *illat.* II. ac HENR. GOTHOFR. BAVERVS, *diſſ. de pignore pupilli*, §. XXXIV. p. 56. ſeqq.

§. XXVII.

Debitor pupillaris ſola tutoris apocha non liberatur.

Si debitor pupilli liberatur: alienatio rei pupilli fit quumque illa non eſt valida; niſi peragatur cum ſollemnitatibus, legibus praeſcriptis, decreto videlicet magiſtratus, cauſſaeue cognitione, idem quoque requiritur, vbi liberandus ſit debitor. Illud conſtare haud poteſt ex apocha tutoris eandemque ob cauſſam illa debitorem haud liberat; contrarium autem probari ſolet ex L. 46. §. 5. *D. de adminiſtrat. tut.* Diſſentit: Io. BRVNNEMANNVS ad L. 46. *D. de adminiſtrat. tut.* ei autem refragatur BENED. CARPZOVIVS, *part.* II, *conſt.* XI. *def.* ac NIC. CHRIST. LYNCKERVS, *trutin. doctrinar. Io. Brunnemanni*, p. 32.

§. XXVIII.

Tutor, latam ob culpam ſuſpectus, ab officio quidem remouetur; ei tamen infamiae nota minime infligitur.

Patet id 1) ex §. 6. *I. de ſuſpectis tutoribus.* Loquitur ibi imperator de culpa generatim hancque ob rem eius verba ſecundum logicorum praecepta omni de ſpecie culpae ſunt intelligenda. Quodſi vero id haud ſit adfirmandum, notum eſt, leuiſſimam culpam a tutore haud praeſtari: neque eum ob leuem facile remoueri; ſed curatorem ei potius adiungi. Nonne itaque lata de culpa effatum hoc eſt explicandum, quum de cul-

culpa in isto est sermo, quam sequitur tutoris remotio? Quoniam 2) lata culpa non minus est negligentia; quam reliquae culpae species, idem testatur *L. vlt. C. de suspectis tutoribus.* Idque 3) est causa, cur iurisconsultus in *L. 7. §. 1. D. de suspect. tutor.* tutorem, latae culpae adcusandum, vocet *quasi suspectum.* Aliud statuunt ob comparationem doli cum culpa lata factum in *L. 1. §. 1. D. si mensor. fals. mod. dix.* ac notionem, culpae per eminentiam dictae in *L. 5. §. 2. D. commod.* ac *L. 23. D. de R. I.* Arnold. Vinnivs, *comment. ad §. 6. I. de suspect. tutor.* Helfr. Vlric. Hvnnivs, *resolut. iuris ciuilis, libr. 1. tract. 1v. quaest. 28.* Io. Gottl. Heineccivs, *elem. iur. cin. libr. 1. tit. xxvi. §. 306.* atque inprimis Io. Vollenhove *de suspectis tutoribus et curatoribus, cap. viii.* in Gerhard. Oelrichs *thesauri noui dissertat. iurid. in academiis Belgicis. art. 1. tom. 1. p. 289.* Nostram opinionem tuentur Georg. ad. Struvvivs, *ex. xxxi. §. 55.* Sam. Struckivs, *vs. mod. tit. de suspectis tutor. §. 5.* atque auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol. iii. med. clxvi. p. 247.*

§. XXIX.

Heres tutoris solum lata de culpa tenetur defuncti.

1) Qua de culpa heredes magistratum conuenire possunt, quae ab his commissa est in exigenda a tutoribus curatoribusue satisdatione, de eadem quoque tenentur heredes tutorum, propterea quod ab heredibus magistratuum ad heredes tutorum concludi posse, ipsa *L. 4. D. de magistrat. conueniendis* nos abunde docet; sed illos solum de lata culpa defunctorum posse conueniri, tam ex eadem lege, solum *culpam, dolo proximam,* nomi

minante; quam ex L. 2. *C. de magiſtrat. comeniend.* conſtat. 2) Heres tutoris, ſecundum L. 4. *D. de magiſtrat. comeniend.* negligentiae nomine haud tenetur; ad minimum autem ſub hac culpam leuem ac leuiſſimam intelligere nos oportet. 3) Clare teſtatur id *L.* 1. *C. de hered. tutorum*, quum negat, heredes tutorum ob negligentiam, quae cum lata culpa non comparari poſſit, condemnari oportere. Qui aliud ſtatuunt, illud ex eo id deriuant, quod contra ipſum tutorem eius ex culpa leui locum habeat actio atque ex L. 4. §. 2. *de fid. nom. et hered. tutor.* Litigant hac de re idque magno cum feruore: Iac. Cviacivs, *obſeruat. libr.* xiii. *cap.* 39. ac *libr.* xxi. *cap.* 2. Francisc. Hottomannvs, *libr.* i. *amic. reſp. cap.* 22. Anton. Faber, *libr.* i. *coniect. cap.* 12. Reinh. Bachovivs, *vol.* ii. *diſp.* 9. *theſ.* 5. *litt.* e. Ios. Mercerivs, *libr.* ii. *opin. cap.* 24. Dav. Mevivs, *part.* viii. *deciſ.* xxii. Io. Schilterus, *prox. iuris Rom. exercit.* xxxvii. *num.* 107. et Christ. Thomasivs, diſſ. de *culpa ab heredibus tutorum praeſtanda*, *tom.* ii. *diſſertationum*, p. 539. Huic inprimis ſeſe oppoſuit Frid. Gottl. Zollervs diſſ. *de culpa ab heredibus tutorum curatorumue tam ex facto tutoris; quam ex facto proprio comentis praeſtanda* Lipſiae, cIↃIↃccLxxix. noſtramque in ſententiam haud ita pridem diſceſſerunt auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* iii. p. 251.

SEC-

Digitized by Google

SECTIO SECVNDA
DE
IVRIBVS ET OBLIGATIONIBVS REALIBVS.

CAPVT PRIMVM
DE
REBVS IVRIBVSQVE IN RE GENERATIM SPECTATIS.

§. I.

Mola natatilis est res mobilis.

Nauis est res mobilis, vti nemo negabit; mola autem, de qua loquor, est accessio nauis; neque caussa a naui diuersa est. Quamuis anchoris haereat nauis, haud desinit esse mobilis ideoque nec mola. Neque eam solo cohaerere, statuere possumus; mobilia autem prius rebus immobilibus adnumerare haud licet; quam si solo cohaereant. Qui contrarium statuunt, prouocant ad locum perpetuum, quem naues habere debeant, vbi molam comprehendunt. IENENSES antiquiores iurisconsulti teste STRVVIO, *ex.* III. *thes.* 83. eiusmodi molas in censum scribebant rerum immobilium, iisque accedebat ANT. HERINGIVS, *de molendinis*, *quaest.* 8. *num.* 16. LIPSIENSES autem illas ad res mobiles referebant, teste ZOBELIO, *libr.* III. *diff.* 10. *num.* 12, huiusque litis meminit quo-

que Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Romani*, *ex.* IV. §. 24. *not. a.*

§. II.

Molendina pneumatica inter res immobiles ſunt referenda.

1) Concludimus hoc partim ex eo, quod terrae inhaereant; partim autem ex eo, quod ſalua ſubſtantia vno ex loco in alterum transferri nequeant. 2) Diſtinguit IAVOLENVS, L. 18. *D. de action. emti*, vtrum ſtipites granariorum in terra defoſſi ſint; an ſupra terram ſint ac tum demum, hoc ſi obtineat, ea ad ruta caeſa refert. Quoniam, illa ex tabulis fieri, clare tradit atque huic deſcriptioni belle conuenit ea, quam exhibet VARRO, *libr.* I. *de re ruſtica*, *cap.* 57. merito cum illis molendina talia comparamus. Qui aliud ſtatuunt cum BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſtit.* XXIV. *def.* 8. prouocare ſolent ad granarium illud, cuius mentio ſit, L. 60. *D. de adquir. rer. dom.* ac L. 1. §. 7. *D. de vi et vi armata*, et L. 20. §. 4. *D. quod vi aut clam.* ſed ipſis repugnant HENR. HAHNIVS ad *Weſenbec. tit. dig. de rer. diuis. num.* 4. ac LVDER. MENCKE, *gymnaſ. polemico iuris*, *disp.* I. *theſ.* IX. p. 23.

§. III.

Lecti in diuerſoriis, eorum ad vſum deſtinati, ſunt res iimmobiles.

1) Vbi res mobilis a patre familias ad vſum rei immobilis ſemel deſtinatur, inter huius acceſſiones referri debet eamdemque ob cauſſam non minus rei immobilis naturam accipit. 2) Secundum LABEONIS regulam, L. 17. §. 7. *de act. emt.* prolatam, omnia ea, quae perpetui

petui vſus cauſſa in aedificiis ſunt, aedium ſunt; ſed idem quoque de lectis in diuerſoriis ſtatui poteſt. Haec eſt ſententia PETR. HEIGII, *part.* II. *quaeſt.* 15. *num.* 25. LVD. MENCKII, *gymnaſ. polemico iuris*, *diſp.* I. *theſ.* X. p. 49. MATTH. BERLICHII, *part.* III. *concluſ.* XXX. *num.* 23. GOTHOFRED. BARTHII, *von der Gerade*, p. 238. et CAR. FERD. HOMMELII *in dem Pertinenz vnd Abſonderungsregiſter*, p. 119. ſed iis ideo, quod lecti haud ſint adfixi, repugnat BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *conſt.* XXIV. *def.* 10.

§. IV.

Inter res corporales pecunia sine omni dubio locum habet.

1) IVSTINIANVS omne id, quod tangi poteſt, in corporalium rerum cenſum ſcribit, §. 1. *I. de rebus corporalibus*; hoc autem de pecunia obtinet eamdemque ob cauſſam pecuniam ipſam ad id, quod eſt corporale, refert: immo hoc nomine eamdem comparat cum fundo aeque ac homine. 2) Quod vindicari poteſt, corpus habere debet ob L. 56. *D. de R. V.* ſed pecunia poteſt vindicari, §. 2. *I. quibus alienare licet.* Quibus aliud placet, ii potiſſimum ad *L. 5. pr. D. de impenſ. in rem dotalem factis* prouocare ſolent ac cum hac coniungunt L. 95. *D. de leg.* 3. *L. fin. D. de adim. legat. L.* 10. *D. de acceptilat. L.* 68. *pr. D. ad SC. Trebell.* ac *L.* 19. *§.* 2. *D. de condict. indeb.* neque ſolum noſtrae ſententiae refragatur FRANC. HOTTOMANNVS, *quaeſt. illuſtrium quaeſt.* 15. p. 97. ſed etiam certo modo SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* I *tit.* VIII. *quaeſt.* 10. in ARNOLD. autem VINNIO ea *com. ad pr. inſtit. de rebus corporal. num.* 1. inuenit fautorem.

que Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Romani, ex.* IV. §. 24. *not. a.*

§. II.

Molendina pneumatica inter res immobiles ſunt referenda.

1) Concludimus hoc partim ex eo, quod terrae inhaereant; partim autem ex eo, quod ſalua ſubſtantia vno ex loco in alterum transferri nequeant. 2) Diſtinguit IAVOLENVS, L. 18. *D. de action. emti*, vtrum ſtipites granariorum in terra defoſſi ſint; an ſupra terram ſint ac tum demum, hoc ſi obtineat, ea ad ruta caeſa refert. Quoniam, illa ex tabulis fieri, clare tradit atque huic deſcriptioni belle conuenit ea, quam exhibet VARRO, *libr.* I. *de re ruſtica*, *cap.* 57. merito cum illis molendina talia comparamus. Qui aliud ſtatuunt cum BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſtit.* XXIV. *def.* 8. prouocare ſolent ad granarium illud, cuius mentio ſit, L. 60. *D. de adquir. rer. dom.* ac L. 1. §. 7. *D. de vi et vi armata*, et L. 20. §. 4. *D. quod vi aut clam.* ſed ipſis repugnant HENR. HAHNIVS ad *Weſenbec. tit. dig. de rer. diuis. num.* 4. ac LVDER. MENCKE, *gymnaſ. polemico iuris, diſp.* I. *theſ.* IX. p. 23.

§. III.

Lecti in diuerſoriis, eorum ad vſum deſtinati, ſunt res iimmobiles.

1) Vbi res mobilis a patre familias ad vſum rei immobilis ſemel deſtinatur, inter huius acceſſiones referri debet eamdemque ob cauſſam non minus rei immobilis naturam accipit. 2) Secundum LABEONIS regulam, L. 17. §. 7. *de act. emt.* prolatam, omnia ea, quae perpetui

Digitized by Google

petui vſus cauſſa in aedificiis ſunt, aedium ſunt; ſed idem quoque de lectis in diuerſoriis ſtatui poteſt. Haec eſt ſententia PETR. HEIGII, *part.* II. *quaeſt.* 15. *num.* 25. LVD. MENCKII, *gymnaſ. polemico iuris*, *diſp.* I. *theſ.* X. p. 49. MATTH. BERLICHII, *part.* III. *concluſ.* XXX. *num.* 23. GOTHOFRED. BARTHII, *von der Gerade*, p. 238. et CAR. FERD. HOMMELII *in dem Pertinenz vnd Abſonderungsregiſter*, p. 119. ſed iis ideo, quod lecti haud ſint adfixi, repugnat BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *conſt.* XXIV. *def.* 10.

§. IV.

Inter res corporales pecunia sine omni dubio locum habet.

1) IVSTINIANVS omne id, quod tangi poteſt, in corporalium rerum cenſum ſcribit, §. 1. *I. de rebus corporalibus*; hoc autem de pecunia obtinet eamdemque ob cauſſam pecuniam ipſam ad id, quod eſt corporale, refert: immo hoc nomine eamdem comparat cum fundo aeque ac homine. 2) Quod vindicari poteſt, corpus habere debet ob L. 56. *D. de R. V.* ſed pecunia poteſt vindicari, §. 2. *I. quibus alienare licet.* Quibus aliud placet, ii potiſſimum ad *L. 5. pr. D. de impenſ. in rem dotalem factis* prouocare ſolent ac cum hac coniungunt L. 95. *D. de leg.* 3. *L. fin. D. de adim. legat.* L. 10. *D. de acceptilat.* L. 68. *pr. D. ad SC. Treb-ll.* ac *L.* 19. *§.* 2. *D. de condict. indeb.* neque ſolum noſtrae ſententiae refragatur FRANC. HOTTOMANNVS, *quaeſt. illuſtrium quaeſt.* 15. p. 97. ſed etiam certo modo SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* I. *tit.* VIII. *quaeſt.* 10. in ARNOLD. autem VINNIO ea *com. ad pr. inſtit. de rebus corporal. num.* 1. inuenit fautorem.

Digitized by Google

que Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Romani, ex.* IV. §. 24. *not. a.*

§. II.

Molendina pneumatica inter res immobiles ſunt referenda.

1) Concludimus hoc partim ex eo, quod terrae inhaereant; partim autem ex eo, quod ſalua ſubſtantia vno ex loco in alterum transferri nequeant. 2) Diſtinguit IAVOLENVS, L. 18. *D. de action. emti*, vtrum ſtipites granariorum in terra defoſſi ſint; an ſupra terram ſint ac tum demum, hoc ſi obtineat, ea ad ruta caeſa refert. Quoniam, illa ex tabulis fieri, clare tradit atque huic deſcriptioni belle conuenit ea, quam exhibet VARRO, *libr.* I. *de re ruſtica*, *cap.* 57. merito cum illis molendina talia comparamus. Qui aliud ſtatuunt cum BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſtit.* XXIV. *def.* 8. prouocare ſolent ad granarium illud, cuius mentio ſit, L. 60. *D. de adquir. rer. dom.* ac L. 1. §. 7. *D. de vi et vi armata*, et L. 20. §. 4. *D. quod vi aut clam.* ſed ipſis repugnant HENR. HAHNIVS ad *Weſenbec. tit. dig. de rer. diuis. num.* 4. ac LVDER. MENCKE, *gymnaſ. polemico iuris, diſp.* I. *theſ.* IX. p. 23.

§. III.

Lecti in diuerſoriis, eorum ad vſum deſtinati, ſunt res iinmobiles.

1) Vbi res mobilis a patre familias ad vſum rei immobilis ſemel deſtinatur, inter huius acceſſiones referri debet eamdemque ob cauſſam non minus rei immobilis naturam accipit. 2) Secundum LABEONIS regulam, L. 17. §. 7. *de act. emt.* prolatam, omnia ea, quae perpetui

petui vſus cauſſa in aedificiis ſunt, aedium ſunt; ſed idem quoque de lectis in diuerſoriis ſtatui poteſt. Haec eſt ſententia PETR. HEIGII, *part.* II. *quaeſt.* 15. *num.* 25. LVD. MENCKII, *gymnaſ. polemico iuris*, *diſp.* 1. *theſ.* X. p. 49. MATTH. BERLICHII, *part.* III. *concluſ.* XXX. *num.* 23. GOTHOFRED. BARTHII, *von der Gerade*, p. 238. et CAR. FERD. HOMMELII *in dem Pertinenz vnd Abſonderungsregiſter*, p. 119. ſed iis ideo, quod lecti haud ſint adfixi, repugnat BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *conſt.* XXIV. *def.* 10.

§. IV.

Inter res corporales pecunia sine omni dubio locum habet.

1) IVSTINIANVS omne id, quod tangi poteſt, in corporalium rerum cenſum ſcribit, §. 1. *I. de rebus corporalibus*; hoc autem de pecunia obtinet eamdemque ob cauſſam pecuniam ipſam ad id, quod eſt corporale, refert: immo hoc nomine eamdem comparat cum fundo aeque ac homine. 2) Quod vindicari poteſt, corpus habere debet ob L. 56. *D. de R. V.* ſed pecunia poteſt vindicari, §. 2. *I. quibus alienare licet.* Quibus aliud placet, ii potiſſimum ad *L.* 5. *pr. D. de impenſ. in rem dotalem factis* prouocare ſolent ac cum hac coniungunt L. 95. *D. de leg.* 3. *L. fin. D. de adim. legat. L.* 10. *D. de acceptilat. L.* 68. *pr. D. ad SC. Trebell.* ac *L.* 19. *§.* 2. *D. de condict. indeb.* neque ſolum noſtrae ſententiae refragatur FRANC. HOTTOMANNVS, *quaeſt. illuſtrium quaeſt.* 15. p. 97. ſed etiam certo modo SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* I. *tit.* VIII. *quaeſt.* 10. in ARNOLD. autem VINNIO ea *com. ad pr. inſtit. de rebus corporal. num.* 1. inuenit fautorem.

que Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Romani, ex.* IV. §. 24. *not. a.*

§. II.

Molendina pneumatica inter res immobiles ſunt referenda.

1) Concludimus hoc partim ex eo, quod terrae inhaereant; partim autem ex eo, quod ſalua ſubſtantia vno ex loco in alterum transferri nequeant. 2) Diſtinguit IAVOLENVS, L. 18. *D. de action. emti*, vtrum ſtipites granariorum in terra defoſſi ſint; an ſupra terram ſint ac tum demum, hoc ſi obtineat, ea ad ruta caeſa refert. Quoniam, illa ex tabulis fieri, clare tradit atque huic deſcriptioni belle conuenit ea, quam exhibet VARRO, *libr.* I. *de re ruſtica*, *cap.* 57. merito cum illis molendina talia comparamus. Qui aliud ſtatuunt cum BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſtit.* XXIV. *def.* 8. prouocare ſolent ad granarium illud, cuius mentio ſit, L. 60. *D. de adquir. rer. dom.* ac L. 1. §. 7. *D. de vi et vi armata*, et L. 20. §. 4. *D. quod vi aut clam.* ſed ipſis repugnant HENR. HAHNIVS ad *Weſenbec. tit. dig. de rer. diuis. num.* 4. ac LVDER. MENCKE, *gymnaſ. polemico iuris*, *disp.* I. *theſ.* IX. p. 23.

§. III.

Lecti in diuerſoriis, eorum ad vſum destinati, ſunt res iimmobiles.

1) Vbi res mobilis a patre familias ad vſum rei immobilis ſemel deſtinatur, inter huius acceſſiones referri debet eamdemque ob cauſſam non minus rei immobilis naturam accipit. 2) Secundum LABEONIS regulam, L. 17. §. 7. *de act. emt.* prolatam, omnia ea, quae perpetui

Digitized by Google

petui vſus cauſſa in aedificiis ſunt, aedium ſunt; ſed idem quoque de lectis in diuerſoriis ſtatui poteſt. Haec eſt ſententia PETR. HEIGII, *part.* II. *quaeſt.* 15. *num.* 25. LVD. MENCKII, *gymnaſ. polemico iuris*, *diſp.* I. *theſ.* X. p. 49. MATTH. BERLICHII, *part.* III. *concluſ.* XXX. *num.* 23. GOTHOFRED. BARTHII, *von der Gerade*, p. 238. et CAR. FERD. HOMMELII *in dem Pertinenz vnd Abſonderungsregiſter*, p. 119. ſed iis ideo, quod lecti haud ſint adfixi, repugnat BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *conſt.* XXIV. *def.* 10.

§. IV.

Inter res corporales pecunia sine omni dubio locum habet.

1) IVSTINIANVS omne id, quod tangi poteſt, in corporalium rerum cenſum ſcribit, §. 1. *I. de rebus corporalibus*; hoc autem de pecunia obtinet eamdemque ob cauſſam pecuniam ipſam ad id, quod eſt corporale, refert: immo hoc nomine eamdem comparat cum fundo aeque ac homine. 2) Quod vindicari poteſt, corpus habere debet ob L. 56. *D. de R. V.* ſed pecunia poteſt vindicari, §. 2. *I. quibus alienare licet.* Quibus aliud placet, ii potiſſimum ad *L. 5. pr. D. de impenſ. in rem dotalem factis* prouocare ſolent ac cum hac coniungunt L. 95. *D. de leg.* 3. *L. fin. D. de adim. legat.* L. 10. *D. de acceptilat.* L. 68. *pr. D. ad SC. Trebell.* ac *L.* 19. *§.* 2. *D. de condict. indeb.* neque ſolum noſtrae ſententiae refragatur FRANC. HOTTOMANNVS, *quaeſt. illuſtrium quaeſt.* 15. p. 97. ſed etiam certo modo SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* I *tit.* VIII. *quaeſt.* 10. in ARNOLD. autem VINNIO ea *com. ad pr. inſtit. de rebus corporal. num.* 1. inuenit fautorem.

minante; quam ex L. 2. *C. de magiſtrat. conueniend.* conſtat. 2) Heres tutoris, ſecundum L. 4. *D. de magiſtrat. conueniend.* negligentiae nomine haud tenetur; ad minimum autem ſub hac culpam leuem ac leuiſſimam intelligere nos oportet. 3) Clare teſtatur id *L. 1. C. de hered. tutorum*, quum negat, heredes tutorum ob negligentiam, quae cum lata culpa non comparari poſſit, condemnari oportere. Qui aliud ſtatuunt, illud ex eo id deriuant, quod contra ipſum tutorem eius ex culpa leui locum habeat actio atque ex L. 4. §. 2. *de fid. nom. et hered. tutor.* Litigant hac de re idque magno cum feruore: Iac. Cviacivs, *obſeruat. libr.* xiii. *cap.* 39. ac *libr.* xxi. *cap.* 2. Francisc. Hottomannvs, *libr.* i. *amic. reſp. cap.* 22. Anton. Faber, *libr.* i. *coniect. cap.* 12. Reinh. Bachovivs, *vol.* ii. *diſp.* 9. *theſ.* 5. *litt.* e. Ios. Mercerivs, *libr.* ii. *opin. cap.* 24. Dav. Mevivs, *part.* viii. *deciſ.* xxii. Io. Schilterus, *prax. iuris Rom. exercit.* xxxvii. *num.* 107. et Christ. Thomasivs, diſſ. de *culpa ab heredibus tutorum praeſtanda*, *tom.* ii. *diſſertationum*, p. 559. Huic inprimis ſeſe oppoſuit Frid. Gottl. Zollervs diſſ. *de culpa ab heredibus tutorum curatorumue tam ex facto tutoris; quam ex facto proprio comentis praeſtanda* Lipſiae, cIↃIↃCCLXXIX. noſtramque in ſententiam haud ita pridem diſceſſerunt auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* iii. p. 251.

SEC-

Digitized by Google

SECTIO SECVNDA
DE
IVRIBVS ET OBLIGATIONIBVS REALIBVS.

CAPVT PRIMVM
DE
REBVS IVRIBVSQVE IN RE GENERATIM SPECTATIS.

§. I.

Mola natatilis est res mobilis.

Nauis est res mobilis, vti nemo negabit; mola autem, de qua loquor, est accessio nauis; neque caussa a naui diuersa est. Quamuis anchoris haereat nauis, haud desinit esse mobilis ideoque nec mola. Neque eam solo cohaerere, statuere possumus; mobilia autem prius rebus immobilibus adnumerare haud licet; quam si solo cohaereant. Qui contrarium statuunt, prouocant ad locum perpetuum, quem naues habere debeant, vbi molam comprehendunt. IENENSES antiquiores iurisconsulti teste STRVVIO, *ex.* III. *thes.* 83. eiusmodi molas in censum scribebant rerum immobilium, iisque accedebat ANT. HERINGIVS, *de molendinis*, *quaest.* 8. *num.* 16. LIPSIENSES autem illas ad res mobiles referebant, teste ZOBELIO, *libr.* III. *diff.* 10. *num.* 12, huiusque litis memimit quo-

Digitized by Google

petui vſus cauſſa in aedificiis ſunt, aedium ſunt; ſed idem quoque de lectis in diuerſoriis ſtatui poteſt. Haec eſt ſententia PETR. HEIGII, *part.* II. *quaeſt.* 15. *num.* 25. LVD. MENCKII, *gymnaſ. polemico iuris, diſp.* 1. *theſ.* X. p. 49. MATTH. BERLICHII, *part.* III. *concluſ.* XXX. *num.* 23. GOTHOFRED. BARTHII, *von der Gerade*, p. 238. et CAR. FERD. HOMMELII *in dem Pertinenz vnd Abſonderungsregiſter*, p. 119. ſed iis ideo, quod lecti haud ſint adfixi, repugnat BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *conſt.* XXIV. *def.* 10.

§. IV.

Inter res corporales pecunia sine omni dubio locum habet.

1) IVSTINIANVS omne id, quod tangi poteſt, in corporalium rerum cenſum ſcribit, §. 1. *I. de rebus corporalibus*; hoc autem de pecunia obtinet eamdemque ob cauſſam pecuniam ipſam ad id, quod eſt corporale, refert: immo hoc nomine eamdem comparat cum fundo aeque ac homine. 2) Quod vindicari poteſt, corpus habere debet ob L. 56. *D. de R. V.* ſed pecunia poteſt vindicari, §. 2. *I. quibus alienare licet.* Quibus aliud placet, ii potiſſimum ad *L.* 5. *pr. D. de impenſ. in rem dotalem factis* prouocare ſolent ac cum hac coniungunt L. 95. *D. de leg.* 3. *L. fin. D. de adim. legat. L.* 10. *D. de acceptilat. L.* 68. *pr. D. ad SC. Trebell.* ac *L.* 19. *§.* 2. *D. de condict. indeb.* neque ſolum noſtrae ſententiae refragatur FRANC. HOTTOMANNVS, *quaeſt. illuſtratum quaeſt.* 15. p. 97. ſed etiam certo modo SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* I *tit.* VIII. *quaeſt.* 10. in ARNOLD. autem VINNIO ea *com. ad pr. inſtit. de rebus corporal. num.* 1. inuenit fautorem.

§. V.

QVATVOR existunt ſpecies iuris in re, videlicet dominium, hereditas, ſeruitus ac pignus.

Plures propoſitiones theſis haec complectitur. Eam ita quum formamus: negamus, plures ſpecies iuris in re cogitari poſſe; ſimul autem adfirmamus, omnibus his iuribus, a nobis nominatis, tribui poſſe qualitatem iuris in re; neque tamen ea omnino inter ſe conuenire ſtatuimus hancque ob rem diuerſas quatuor ſpecies conficere putamus. Quod ad primam ſpectat poſitionem, probatione illius, tamquam negatiuae, merito ſuperſedemus. Secunda ex eo patet, quod omne illud ius in re eſt, quod aduerſus quemlibet eius poſſeſſorem qua talem perſequi licet ipſamque adficit rem; omnia vero illa iura, quae modo nominauimus, ita ſunt comparata. His quum accedit, quod dominium ac ius hereditarium cum rei proprietate ſit coniunctum; minime autem pignus ac ſeruitus: dominii obiectum ſit res ſingularis; hereditatis autem res vniuerſalis; ſeruitus vſus grata; pignus vero ob ſolam conſtituatur ſecuritatem: neminem quoque fore arbitramur, qui in dubium vocaret tertiam poſitionem. Quae quamuis ita ſint; quaeſtio tamen de iure in re eiusque ſpeciebus ſemper maxime controuerſa exſtitit, vti vel ex iis perſpici poteſt, quae hac de re; diuerſa tamen ratione, protulerunt HENR. HAHNIVS, *de iure rerum ob iuris in re ſpeciebus*; Helmſtad. CIↃIↃCXXXXIII. IAC. BORNIVS, diſſ. *de iure in re, actiones reales producente*, Lipſiae CIↃIↃCLXII. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *iudiciis pro diſſertat. Hahniana de iure rerum* Ienae, CIↃIↃCLXIII. ENOCH. GLAESERVS, *diſſ. de iure in re, Iac. Bornio oppoſita*, Helmſt. CIↃIↃCXXIII.

cIↃIↃCXXIII. BARTH. LEONH. SCHWENDENDOERFER, *diss. de vera diuisione iuris in re*, Lipſ. cIↃIↃCLXIII. Omnia haec ſcripta, ſibi inuicem maxime repugnantia, coniunctim edita ſunt Helmſtadii, cIↃIↃCLXIII. praeter ea autem memorandi ſunt: GVIL. HIER. BRVCKNERVS, progr. *de iure reali eiusque actionibus et ſpeciebus*, Erfordiae, cIↃIↃCCXXVIII. FERD. AVG. HOMMELIVS, diſſ. *qua quinque iuris in re ſpecies, quas vulgo tradunt, nec ſemper tales eſſe, nec ſolas, probatur*, Lipſ. cIↃIↃCXXXVI. vna cum aliis.

§. VI.

Poſſeſsio non est in ius re.

1) Poſſeſſio, in ſe ſpectata, ſine omni iure eſſe poteſt, quod exempla furis, praedonis aliorumue malae fidei poſſeſſorum, qui rem quamdam poſſident, docent, *L. 2. D. vti poſſidet.* 2) Poſſeſſio adquiri poteſt ab iis, qui ius in re adquirere nequeunt. *L. 1. §. 4. D. de adquir. vel. amittend. poſſeſſ.* 3) Eam actionem realem haud producere, partim ex *L. 1. §. 3. D. de interdictis*; partim ex eo, quod interdicta a praetore poſſeſſoribus data, contra tertium inſtitui nequeant, conſtat. 4) Quodcunque ius, re vi et fraude praedonis erepta, euaneſcit, id non eſſe ius in re, certum eſt; illud vero de poſſeſſione praedicat *L. 15. D. de adquir. poſſeſſ.* Diſſentiunt propterea quod 1) iuſtae poſſeſſionis *L. 1. §. fin.* ac *L. 2. D. vti poſſidetis L. 3. §. 5. D. de adquir. vel amittenda poſſeſſ.* et iuris poſſeſſionis *L. 44. D. de adquir. poſſeſſ. L. 5. in fin. C. de liberali cauſſa L. 3. §. 1. D. de bonor. poſſeſſ. L. 2. §. 38. D. ne quid. in loco publico* ac *L. 5. §. 1. ad leg. Iul. de vi publica* mentio fiat: 2) remedia iuris, ſcilicet interdicta, oriantur ex poſſeſſione: 3) poſſeſſori actio ad exhibendum *L. 3.*

§. 12. *D. ad exhibendum* tribuatur: 4) poſſeſſio iuris opponatur ei, quae corpore ſubſiſtit, *L.* 10. *C. de adquir. poſſeſſione*; neque minus, 5) *L.* 13. §. 1. *C. de iudiciis* poſſeſſionem inter iura in re recenſere videatur: 6) poſſeſſor rei immobilis liberetur a ſatisdatione atque actione conueniri queat reali; immo 7) actio Publiciana in poſſeſſione fundetur ac contra tertium tendat HENRIC. HAHNIVS, *not. ad Weſenbec. tit. de iudiciis, num.* 4. *tom.* 1. p. 562. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *ſyntagm. iur. ciu. exerc.* III. *theſ.* 89. CHRIST. THOMASIVS, *not. ad Strauch. diſſ. in ius Iuſtin.* p. 64. et Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVS, *comp. iur. dig. libr.* I. *tit.* VII. p. 68. nobiscum vero faciunt: VLRIC. HVBERVS, *libr.* IV. *digreſſ. cap.* 10. SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* I. *tit.* VIII. p. 122. ZACH. HVBER, *libr.* III. *diſſ.* V. *cap.* 3. ac DAVID. DE l'ESPAVL *de poſſeſſione, ſpeciebus iuris in re non adnumeranda*, Lugd. Batau. CIↃIↃCCLXXXV.

CA-

CAPVT SECVNDVM
DE
DOMINIO.

§. I.

FERA bestia per id, quod solum loco in circumsepto, nobis competenti, vagatur, nobis non adquiritur.

1) Ad occupationem ferae bestiae necessaria est adprehensio, animo sibi habendi facta, hancque ob caussam L. 3. §. 2. *D. de odquir. ver. dom.* CAIVS illam clare postulat; sed eiusmodi adprehensionem in loco circumsepto factam esse, non adfirmare possumus, vbi solum vagatur. 2) Requirit PAVLLVS, *L.* 3. §. 14. *D. de adquir. vel amitt. possess.* vt eiusmodi animalia, quae occupare cogitamus, in locis, illis custodiendis destinatis, videlicet feras bestias viuariis et pisces piscinis includamus: contra statuit, pisces, qui in stagno sunt; aut feras, quae in siluis circumseptis vagantur: neque in iis sunt inclusae, á nobis non possideri *). 3) Quum

*) Quum hoc loco ad memoratam legem prouoco, videlicet I. 3. §. 14 *D. de adquirenda; vel amittenda possessione*: suppono, lectionem vulgatam verborum illius: *sed eos pisces, qui in stagno sint; aut feras, quae in finis circumseptis vagantur, a nobis non possideri*, rectam esse eosque iurisconsultos falli, qui particulam non iis post vocabulum siluis inferendum censuerunt. Plures rationes mihi sese offerunt, quibus sententiam meam corroborari posse credo. Haud leue argumentum ex eo duco, quod in

aper eius in dominium, qui laqueum, in quem incidit, venandi cauſſa poſuit, haud peruenit; niſi accedit ille at-

in codice FLORENTINO verba eodem modo exhibeantur; neque GREG. HALOANDER, licet religioni alioquin haud duxerit, legi adiectione particulae negatiuae plane alium tribuere ſenſum, illud hoc in loco haud auſus ſit. Conueniunt quoque hac in re libri BAΣIΛIKΩN. Deprehenditur idem locus PAVLLI iis in libris elegantiſſimi huius operis, qui cura GVIL. OTTONIS REITZII *tom.* v. *theſauri iuris Romani ac canonici* GERH. MEERMANNI primum adparuerunt, atque ita *libr.* I. *tit.* II. *leg.* 2. p. 44. legitur: *ει θηρία εν βιβαρίοις ἀποκλείσαι, ἢ ἰχθύας εἰς πισκίνην συναγάγειν ἴδιον ἐστὶ αὐτά. κἂν εἰ εν ὕλῃ θηρία, ἢ εν λίμνῃ οἱ ἰχθύες εἶεν, si feras viuarii inclusero aut pisces in piscinam coniecero: proſilire ea; non item, si ferae in ſilua; aut piſces in ſtagno ſint.* Quodſi interpres graecus in translatione huius loci codice digestorum eius vsus, qui in eo a lectione codicis Florentini diſcederet ac particulam negandi memoratam haberet inter vocabula *ſiluis circumſeptis* officio ſuo profecto haud ſatisfeciſſet, ſi *ferarum* generatim mentionem facere voluiſſet atque effectum iurisconſulti ad ſiluas quoque circumſeptas extendiſſet; quum autem illud omnino facit, vbi ſiluarum hoc loco, omni diſcrimine remoto, meminit atque eum partibus ſuis omnino functum eſſe, merito praeſumendum eſt, ideoque admodum probabile, illum ideo determinationem ſiluarum, a PAVLLO adhibitam, omiſiſſe, quod ferae in ſiluis non circumſeptis vagantes, occupari potuiſſe, extra omnem dubitationem eſſet poſitum atque ita liqueret, vt nulla egeret diſputatione; idem autem de feris obtinere, quae in ſiluis circumſeptis deprehenderentur, ex lege adpareret, denuo conſtat, ſine ratione particulam *non* a criticis quibusdam adiici. Nec tandem falli me puto, ſi idem ex tota orationis ſtructura PAVLLI concludo. Comparat hoc loco ſtagna cum ſiluis; ea vero quidem ſimilitudinem habebant cum ſiluis circumſeptis; minime autem cum ſiluis non circumſeptis. Scimus, iſta etiam circumſepta fuiſſe, vti liquet ex SVETONIO, *vit. Neronis, cap.* XXXI. et TACITO, *annal. libr.* XIV. *cap.* XIV. *num.* 3. quumque profecto nemini in mentem veniſſet, domino ſiluae poſſeſſionem tribuere ferae beſtiae, in ſilua non circumſepta vagantis, hoc-

Digitized by Google

atque eum redigit in suam potestatem, teste PROCVLO, L. 55. D. *de adquir. rer. dom.* neque animalia nostra fiunt, si locis in circumseptis nostris vagantur; nisi opportunam, quae sese nobis per id offert, occasionem adprehendamus, ea occupandi nobisque per id adquirendi. Dissentiunt ob ea, quae de in piscinis aeque ac viuariis obtinent, SAM. PVFENDORFIVS, *de iure nat. et gent. libr.* IV. *cap.* VI. omnesue ii, qui L. 3. §. 14. D. *de A. vel A. P.* emendandam censent, velut DION. GOTHOFREDVS, *not. ad h. l.* FRANCISC. HOTTOMANNVS, *libr.* VIII. *obseruat. cap.* 7. GERH. NOODTIVS, *libr.* I. *obseru. cap.* II. *tom.* I. *oper.* p. 310. atque alii: immo a via nostra deflectunt, qui lectionem huius legis per distinctionem viuariorum et piscinarum a stagnis et siluis circumseptis; vel dominii a possessione defendunt cum HVGONE GROTIO, *de iure belli ac pacis libr.* II. *cap.* 8. §. 2. ABR. WIELINGIO, *var. lect. iur. ciuil. libr.* I. *cap.* 4. p. 16. ac HELFR. VLR. HVNNIO, *var. iur. resolut. libr.* II. *tract.* I. *quaest.* 18. Communem sententiam, quae nobis quoque placet, inprimis probant GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* XLI. *thes.* 9. *tom.* III. p. 94. et IO. IAC. WISSENBACHIVS, *exercitat. ad quinquaginta libros pandectar. disput.* XVIII. §. 6. p. 810.

hocque primis principiis iuris ciuilis repugnasset, superuacanei operis culpam profecto haud effugisset, si hoc tradere voluisset. Merito itaque statuendum est, ipsi sermonem esse de siluis circumseptis; tanto tamen maiori iure sententiam, quam iniit, amplecti potuit, quum secundum differentiam, quae apud veteres extitit inter viuaria ac siluas circumseptas, obseruante VARRONE, *libr.* III. *cap.* II. et 12. iurisconsultus quidem viuario; minime autem silua feram bestiam includi tradidit eamque quidem tali silua; haud tamen viuario vagari posse, adfirmauit.

§. II.

Si ferae bestiae in alieno capiuntur fundo, fiunt capientis; neque interest, vtrum dominus ipsi prohibuerit, quo minus ingrederetur; an id haud factum sit.

1) Quaecunque fera bestia nullius in bonis est, illa naturali ratione occupanti cedit. Illa autem, quae alieno in fundo vagatur, per id nondum in dominium eius redigitur, qui illum fundum possidet, *L.* 3. *D. de adquir. ver. dominio.* 2) Idem statuit expresse imperator, §. 12. *Inst. de verum diuis.* Quae huic sententiae opponi solent argumenta, petuntur inprimis ex L. 16. D. *de S. P. D.* L. 53. D. *de A. R.* D. *L.* 22. *C. de rei vindicat. L.* 27. §. 25. *D. ad leg. Aquil.* atque ex satis noto illo praecepto, quod nemo debeat ex delicto suo lucrum sentire, L. 5. *C. de legibus*; HELFR. autem VLRIC. HVNNIVS, *resolut. iur. ciuil. libr.* II. *tract.* I. *quaest.* 12. ac GE. AD. STRVVIVS, *syntagm. iuris ciuil. tom.* III. *ex.* XLI. §. 9. p. 94. nobiscum consentiunt.

§. III.

Per solam vulnerationem, licet ita sit comparata, vt eam mors sequatur, fera bestia nostrum in dominium haud peruenit.

1) Vulnerationem solum cum adprehensione comparare possumus; sed praeter eam ad occupationem etiam redactio requiritur. *) 2) GAIVS, *L.* 5. §. 1. D. *A. R.* D. so-

*) Quaestio de effectu vulnerationis bestiae inter antiquiores omnino iam controuersa fuit; verum tamen haud adfirmare possumus, celeberrimas illas Romanorum sectas hac de re litigasse, nimirum Sabinianos ac Proculeianos. Etsi constet, La-

be-

D. ſolum ſententiam Trebatii, feram beſtiam ſtatim ac vulnerata ſit, noſtram fieri, refert: non ſine cauſſa, plerosque ei aduerſari, addit: immo *id verius eſſe*, affirmat ac modeſta hac, iurisconſultis vſitata, formula, Trebatium ſeſe fefelliſſe, indicat: immo IVSTINIANVS eam claris confirmauit verbis, §. 13. *I. de rerum diuiſione*, cuius ſententiam euidentius expoſuit THEOPHILVS,

beonem discipulum fuiſſe Trebatii, haud tamen huius caſtra ſequutus eſt hac in re, vti conſtat ex L. 55. *D. de A. R. D.* ac multo minus probari poteſt, eius aduerſarios Trebatii ſententiam adoptaſſe: quot autem ſententiae a prudentibus fuerint adoptatae, alia eſt quaeſtio. Duas tandem recenſet CAIVS, L. 5. §. 1. *D. de A. R. D.* neque plures nominat imperator, §. 13. *I. de rer. div.* Solus THEOPHILVS trium meminit; ſed hoc nomine quoque notatur ipſius ab interpretibus, Io. DOVIAT ac CAR. HAN. FABROTO, *tom.* 1. *Theophili*, p. 219. edit. REITZII, atque eò minus narrationis illius rationem habere poſſumus, quum duae priores commode ſunt coniungendae. Ceterum haec eſt ratio, cur *verius* ſolum eſſe ſtatuat CAIVS, quod hoc de re tradit. Solitos fuiſſe iurisconſultos, dum quidquam proferrent, quod haud omnibus placeret, ne eos laederent, id dubio quaſi atque ancipiti animo tradere, iam dudum litteratiſſimi iurisconſulti animaduerterunt. Prouoco ſolum ad *L.* 71. §. 2. *D. de condit. et dem L.* 4. *D. de vſaris, L.* 14. *D. de leg.* 1. *L.* 47. *D. de adquir. vel omittenda poſſeſſ. L.* 118. *D. de V. S. L.* 38. §. 9. *D. ad leg. Iul. de adult.* atque *L.* 3. §. 2. *D. de ſeparat. L.* 9. §. 14 *D. de duob. reis*; vbi autem Tribonianus cum ſuis adiutoribus locum quemdam in digeſta transferendum curaret, quo vel minimum eius auctor de quaeſtione controuerſa haud obſcure ſignificaret, quaenam ſententia ipſi magis adrideret, tacite ſimul, eamdem quoque imperatori placere, declarabat. Eius rei euidentiſſimum praebet exemplum lex noſtra CAII, ſi cum illa comparare velimus, quae in §. 13. *I. de rer. divis.* ſunt ſancita. Ceterum ea, quae NIC. CATHARINVS, *libr.* IV. *obſeruat. cap.* 1. *tom.* VI. *theſ. iuris ciuilis ac canonici* GERH. MEERMANNI p. 791. de lite veterum ſupra memorata tradit, digna ſunt, quae legantur.

Digitized by Google

LVS, *paraphraſ. inſtitut.* §. 13. *de rer. diu.* Diſſentiunt ob *L.* 55. *D. de A. R. D.* FRANC. BALDVINVS, *not. ad h. l.* atque alii: nobiscum faciunt GEORG. AD. STRVVIVS *ſynt. iur. ciuil. exerc.* XLI, *theſ.* 9. *tom.* III. p. 94. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. practic. tom.* III. *libr.* XLI. *tit.* I. p. 170.

§. IV.

Faber, si ad reparationem aedium est conductus et in fodiendo thesaurum inuenit, eius dimidiam sibi vindicat partem.

1) Docet hoc SCAEVOLA, *L.* 67. *D. de rei vindicat.* Quaestionem in medium profert, ad quem pecunia pertineat, quam eiusmodi faber inuenit? Distinguit, num sit thesaurus; an alia pecunia forte deperdita, quumque solum posteriori in casu, illam ei, cui antea fuerat, adsignat, tacite simul per id significat, thesaurum inuentori vel minimum pro dimidia parte esse adscribendum. 2) Certum deinde est, semper thesauri dimidiam partem competere inuentori, si quis eum, sine data opera, in loco alieno inuenit; illud autem de fabro, licet eum fodiendo inuenerit, adfirmari potest, siquidem non eum in finem terram effodit, vt thesaurum exquirat. Si quis 3) arando; vel colendo terram thesauri partem sibi adquirit, ille eam quoque merito occupat, dum effodiat; priùs autem ex *L. vn. C. de thesauris* patet. Ab hac sententia ideo, quòd mercenarius praeter mercedem nihil exigere possit et conductorem suum referat ac ob *L.* 46. §. 4. *D. de procuratoribus* discedit: PETR. GREGOR. THOLOSANVS *syntagmat. libr.* III. *cap.* II. *num.* 4. cum aliis; sed mecum consentit CORN. VAN BYNCKERSHOECK, *obs. iuris Romani, libr.* II. *cap.* IV. ac CHRIST. LVD. CRELLIVS, *de*

de thesauro a mercenariis ac Iabris inuento. Vitemberg. CIↃIↃCCLV.

§. V.

Si thesaurus inuenitur in fundo dotali, dimidia eius pars cedit inuentori; dimidia autem vxori.

Concludimus illud 1) ex L. 7. §. 12. *D. soluto matrimonio*, quum secundum eam marito, dimidia pars tribuitur thesauri ab ipso in fundo dotali inuenti: dimidia autem vxori. Quum integer thesaurus ipsi competeret, si eius dominium naturale vsque eo extenderetur, vt quoque vindicare sibi posset thesaurum qua dominus: sine vllo dubio marito qua domino thesaurus penitus est denegandus. Quod dein 2) ad fructus iure haud referri potest, id nec adsignari potest marito, dotis vsufructuario. Quum alii dimidiam potius partem marito adsignant partim ob L. 7. §. 12. *D. solut. matr.* partim ob *L.* 66. *D. de R. V.* quaestio haec controuersa exstitit inter Wolfg. Ad. Lavterbachivm, *loc. excit.* ac Sam. de Cocceii, *iur. controuerso, libr.* XXXIX. *quaest.* III. p. 423.

§. VI.

Si per artes illicitas thesaurus inuenitur in fundo alieno, cedit haud totus fisco; sed solum pars eius dimidia; altera autem competit fundi domino.

Dimidia pars competiisset domino, si ab altero sine illicitis artibus esset inuentus, id quod nemo negabit; reuera itaque innocens poena quadam ob alterius delictum adficeretur, si parte hac priuaretur ac thesaurus

totus fiſco cederet. Diſputant hac de re quidam litterati homines idque ea ratione, vt ANT. PEREGRINVS, *de iure fiſci, libr.* IV. *tit.* 2. ANDR. ALCIATVS, *libr.* VII. *parergor. cap.* 1. Io. BRVNNEMANNVS ad *L. vn. C. de theſauris* nobiscum conſentiant; ab iis autem ob *L. vn. C. de theſauris* alieni ſint 1) LAVTERBACHIVS, *colleg. theoret. practic. tom.* III. *libr.* XLI. *tit* 1. §. 39. p. 185. et Io. BERNH. FRIESIVS, diſſ. *de theſauro arte magica inuento*, Ienae CIↃIↃCCXVIV, qui totum theſaurum hoc caſu domino adſignandum eſſe ſtatuunt; neque minus 2) aliam foucant ſententiam CAR. MOLINAEVS, *de iuſt. et iure tract.* II. *diſp.* 66. *num.* 1. et MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *concluſ.* II. *num.* 57.

§. VII.

Theſauri adquiſitio est modo acceſſio; modo occupatio.

Quatenus inuentor theſauri partem ſibi adquirit, ſeatenus eſt occupatio, quod quoque euidens eſt ex *L.* 31. §. 1. *D. de adquir. rer. dominio;* vbi autem dominus partem eius nanciſcitur, fit illud iure acceſſionis. Haec eſt de quaeſtione, iam inter veteres iuris conſultos, BRVTVM et MANILIVM ex vna ac SABINVM cum PAVLLO ex altera parte controuerſa, ſententia Io. GOTTL. HEINECCII, *elem. iuris ciuilis, ſecundum ordinem inſtitut. libr.* II. *tit.* 1. §. 351 ſed ab ea deflectunt, qui vel ſolum occupationem; vel tantum acceſſionem in theſauri inuentione latere perſuaſum habent. Inter iſtos eminet et quidem ob modo laudatam, *L.* 31. §. 1. D. *de adquir. rer. dominio* VLRIC. HVBERVS, *praelect. ad inſtit. tit. de rer. diuiſione*, §. 29. his autem ob *L.* 63. §. 2. *D. de A. R. D.* ENGELBERTR. VAN DER MAN, diſſ. ad *L.* 3. §. 3. *D. de ad-*

Digitized by

adquir. vel am. poſſ. quae exſtat in *theſauro diſſertat. iuridicar. in academ. Belgicis habitar. tem.* II. *vol.* I. p. 305.

§. VIII.

Alueus derelictus cedit ex ſententia iuris Romani poſſeſſoribus agrorum, ei vicinorum, siue eorum iuitio pars fuerit; siue ab iisdem fuerit ſeparatus tertiique in dominio exstiterit.

Vbi pars agrorum vicinorum alueus fuerit, res in promtu eſt atque ita conſtat, vt nulla egeat diſputatione. Neque vero aliud ſtatuere licet, vbi ab iis ſeparatus ſit, quum 1) CAIVS clare dicit *L.* 7. §. 5. *D. de adquir. rer. dominio* eum, cuius ager fuerit, in alueo haud quidquam habere; niſi vicinum habeat praedium; huius ſententiae rationem reddit, quod ager, amiſſa propria forma deſiit eſſe, qui fuerat, et ſolum ſtatuit, non facile euenire, vt flumen, alueum sibi parans, totum occupet agrum. Ita enim cum GERH. NOODTIO, *libr.* I. *probabil. cap.* I. verba: *ſed vix eſt, vt obtineat* ſunt explicanda. *) 2) Accedit §. 25. *I. de R. D.* rem, sine omni diſcrimine adfirmans. Diſſentiunt ob memorata

*) Quatenus verba haec ſint explicanda, inter ipſos iurisconſultos haud conuenit, quum alii cum NOODTIO putant, ſecundum ea non facile accidere, vt integrum agrum occupet alueus; neque hic vicinum habeat praedium; alii autem credunt, reſpicere iurisconſultum ſub his verbis ad aequitatem eamque ſe referre ad ſtrictam rationem, cuius paullo ante mentio ſit facta. Illorum dux atque antesignanus certo modo eſt ACCVRSIVS; hunc autem ſequuntur CHRISTFRIED. WAECHTLERVS *opuſculis*, p. 196. atque ABRAH. WIELINGIVS, *loc. memorato*; mihi tamen probabilior videtur coniectura NOODTII, quum aequitatis haud meminit iurisconſultus: immo ſibi repugnare videtur, vbi ab iis, quae modo propoſuit, denuo discedere voluerit, propterea quod ſit aequius. Sine dubio raritas caſus, a iuris-

rata verba: *vix eſt vt obtineat*, L. 7. §. 5. *D. de A. R. D.* occurrentia HVGO DONELLVS, *libr.* IV. *commentar. iur. ciuil. cap.* 18. ARR. WIELINGIVS. *libr.* I. *lect. iur. ciu. cap.* 12 ARNOLD. VINNIVS, *comment. ad* §. 23. *I. de R. D.* EVERARD. OTTO, *comm ad h. l.* p. 179. THEOD. LAMBERT. DAESBVRG, *diſſ. de modis adquirendi per flumen*, Traiect. ad Rhen. CIↃIↃCCXXXIV. edita. Res eodem modo, quo a me factum, decidit a GEORG. ADAM. STRVVIO, *ſynt. iur. ciuil. ex.* XLI. *theſ.* XXXII.

§. VIIII.

Si quis ſpeciem facit partim ex ſua; partim ex aliena materia, eius dominus ſit ſine distinctione.

Clara ſunt verba imperatoris, quae id teſtantur, §. 25. *I. de R. D.* ideoque eo magis mirandum eſt, aliud ſtatuere HIERON. TREVTLERVM, *diſp.* XX. *theſ.* 7. et PETR. MVLLERVM, *not. ad Struu. exerc.* 41. *theſ.* 38. *tom.* III. p. 113. quum diſtinguendum eſſe putant hoc in caſu, vtrum in priſtinam formam redigi queat; nec ne? eumque in finem potiſſimum prouocant ad L. 5. §. 1. *D. de R. V.* ac *L.* 27. *fin. D. de A. R. D.* ſed prior quoque notandus eſt a BACHOVIO.

§. X.

a iurisconſulto memorati eſt quoque ratio, cur eam penitus ſilentio praeterierit IVSTINIANVS, §. 23. *I. de rer. diuis.* hocque omnino cum WIELINGIO ſtatuendum eſt contra WAECHTLERVM, etſi quoque non minus voculas: *ſtricta ratione* deleuerit et, ſi cum his comparamus libros ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, *libr. L. tit.* 1. §. 7. *tom.* V. *theſ. iuris ciuilis et canonici* GERH. MEERMANNI, p. 35. reuera quoque eorum auctores idque ſine dubio ob eamdem rationem caſum hunc haud dignum crediderunt, cuius mentionem facerent.

Digitized by Google

§. X.

Specificatio bona fide fieri debet, si quis ſpeciei dominium per illam adquirere velit.

1) Specificans ſpeciem ſuo nomine facere debet, id quod extra omne dubium eſt, quum adquiſitiones, quae factum requirunt adquirentis, fieri nequeunt, niſi accedit animus adquirendi: hoc etiam docet CAIVS, *L.* 7. §. 7. *D. de A. R. D.* eamdemque ob rem ſpecies nomine alterius facta, huic, vbi materiae dominus illam haud accipiat, tribuitur in *L.* 25. et 27. §. 1. *D. de A. R. D.* Ille autem ſolum ſpeciem ſuo nomine facere videtur, qui neſcit, materiam eſſe alienam hancque ob rem bona eſt fide. 3) Nemo ex facto illicito lucrum capere debet; ſed proficuum eſſet eiusmodi factum ei, qui mala fide ſpecificaret. 3) Ad exhibendam ſpeciem domino materiae obligatur, qui eam alienam eſſe non ignorauit ac ſpeciem ex iſta fecit. Conſentiunt quoque plerique doctorum, Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 7. §. 7. *D. de A. R. D.* WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. practic. tom.* III. *libr.* XLI. *tit.* I. p. 217. SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* XLI. *tit.* I. *quaeſt.* 21. p. 435. ſed a noſtra deflectunt ſententia alii cum REINH. BACHOVIO, propterea quod bonae fidei mentio haud fit in §. 25. *I. de R. D.*

§. XI.

Ex iure ciuili is, qui ſolo in alieno ſua ex materia aedificat; aedificium autem non poſſidet, actionem ad repetendos ſumtus haud habet.

Quodsi 1) ipsi actio eſſet tribuenda, neceſſe eſſet, vt illa negotiorum geſtorum actione conſiſteret; vel condictione indebiti; ſed neutra hoc loco cogitari poteſt.

Illa plane ceſſat, quum neminem actionem negotiorum geſtorum contrariam inſtituere poſſe conſtat; niſi negotium animo alterum obligandi geſſerit, *L.* 1. *C. de negotiis geſtis*, ac *L.* 14. §. 1. *D. communi diuidundo* hocque in aedificante deficit; eadem autem ratione condictione indebiti ille experiri nequit, propterea quod ea ſemper natura eſſe ſolet, vt translationem quandam, ab vno in alterum factam, ſupponat. Denegant 2) plures leges condictionem claris verbis, quum IVLIANVS ſcribit, *L.* 33. *D. de condict. indebiti*, eiusmodi ſumtus non ſeruari poſſe; niſi per retentionem: hoc confirmat PAVLVS, in L. 14. *D. de except. doli mali* ac PAPINIANVS, in L. 48. *D. de R. V.* eamdemque ob cauſſam aedificanti ſolum ius retentionis tribuit L. 21. D. *ad SC. Trebellian.* Qui contrarium ſtatuunt actionemque aedificanti tribuunt, prouocant 1) ad L. 5. *C. de rei vind.* 2) ad condictionem incerti, qua aedificans poſſeſſionem repetere poſſit, ſecundum L. 19. §. 1. *D. de donat. inter vir. et vxor.* *L.* 40. §. 1. *D. de condict. indeb.* ac *L.* 21. D. *ad SC. Trebell.* atque 3) ad ius cuiuslibet, rem ſuam, ſi ad ipſum peruenit, ſine eius facto; vel cauſſa repetendi, ex L. 1. *D. de condict ſine cauſſa:* L. 32. *D. de reb. cred.* ac *L.* 14. *D. de condict. indeb.* neque minus 4) ad L. 6. §. 3. *D. de negot. geſtis*, *L.* 8. *D. de pign. act.* ac L. 1. §. *vlt. D. ſol. matrimon.* Noſtram ſententiam adprobant ANTON. FABER, *error. pragmaticor. decad.* XXVI. *error.* 9. et ARNOLD. VINNIVS, *quaeſt. iuris Roman. libr.* 1. *cap.* 24. ab iis autem deflectunt IAC. CVIACIVS, *libr.* X. *obſ. iur. Rom. cap.* 4. Io. GOEDDAEVS in L. 79. *D. de V. S.* atque alii.

§. XII.

Bonae fidei poſſeſſor quemadmodum induſtriales; ita quoque naturales fructus, ſi iuſto

sto ex titulo bonaque cum fide eos percipit, lucratur.

1) Foetus pecudum, agnos, hoedos et vitulos porro pilos, lac, lanam, inter fructus naturales referri debere, quis est, qui praeter CAR. HANN. FABROTVM, *not. ad Theophil. paraphr. institut. libr.* II. *tit.* I. §. 36. *tom.* I. p. 244. ed. REITZII negat? Ii vero bonae fidei possessori clare tribuuntur in *L.* 28. D. *de vsuris* et *L.* 48. §. 2. D. *de A. R. D.* 2) Oliuam eundem in censum esse scribendam, docte monstrat ARNOLD. VINNIVS *comment. ad instit. libr.* II. *tit.* I. §. 35. eam vero fieri bonae fidei possessoris, testis est L. 13. D. *quibus modis vsusfruct. vel vs. amitt.* 3) Memoratu dignum est, quod scribit PAVLVS, L. 48. *pr.* D. *de A. R. D.* bonae fidei emtorem non tantum fructus, qui diligentia et opera eius peruenerunt; sed omnes, eos percipiendo, facere suos. Tam generatim id adfirmat, vt ab iis nullos excludere queamus fructus. 4) Patet id ex ipsa *L.* 45. D. *de vsuris*, licet eam praesidio sibi esse credant, qui aliud existimant. Meminit ibi iurisconsultus pomorum, tanquam fructuum, sine omni dubio naturalium, et tantum de iis negat, illa cuiuslibet bonae fidei possessoris, si ea quis decerpserit, fieri. Excludit ab illorum adquisitione eos bonae fidei possessores, quibus iustus deficit titulus, quod ex specie, lege relata, patet, et per id simul iis possessoribus, qui iusto ex titulo fructus naturales percipiunt, eorum dominium clare adsignat. 5) Bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id ius habet, quod dominis praediorum tributum est, L. 25. D. §. 1. *de vsuris.* 6) Ei fructus, quos percepit, sine distinctione tribuit *L.* 4. §. 2. D. *fin. regundor.* Dissentiunt ob §. 35. *I. de rer. diuis.* ac L. 45. D. *de vsuris* DION. GOTHOFREDVS ad *L.* 48. D. *de A. R. D.*

R. D. Io. Corasivs, *libr.* v. *miſcel. iur. ciuil. cap.* 8. Reinh. Bachovivs ad §. 35. *I. de A. R. D.* Zach. Hvbervs, *diſſ. iur. libr.* II. *diſſ.* III. *cap.* I. p. 435. Helfr. Ylric. Hvnnivs, *reſolut. iuris ciuil. libr.* II. *tract.* I. *quaeſt.* 32. in noſtras autem diſcedunt partes Hartmann. Pistorivs, *libr.* IV. *quaeſt.* 26. Bened. Carpzov, *part.* III. *conſt.* XXXII. *def.* 28. Arn. Vinnivs, *libr.* I. *quaeſt.* 25. David. Mevivs, *part.* II. *dec.* 213. Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* VI. *tit.* I. *quaeſt.* 8. p. 467. Bern. Henr. Reinoldvs, *diſſ. ad tit. dig. de adquir. rerum dominio*, *cap.* VI. in eius *opuſculis*, p. 469. ac Gerh. Noodtivs, *libr.* II. *prob. cap.* 7. *tom.* I. *oper.* p. 48.

§. XIII.

Qui bona fide percepit fructus, eorum dominium reuocabile perceptione; irreuocabile autem eorum conſumtione adquirit.

Prius patet ex eo, quod Pavlvs, L. 48. *pr. D. de A. R. D.* de bonae fidei poſſeſſore aperte dicat, illum non dubie, id eſt, ſine dubio, percipiendo fructus rei alienae ſuos interim facere. Quod quis facit ſuum, illud ipſius in dominium redigit; hocce autem tantum reuocabile eſſe, id quod eſt membrum huius propoſitionis poſterius, ex eo perſpicimus, quod ad irreuocabile huius rei dominium eius requiratur conſumtio. Haud obſcure iam nobis indicat Pavlvs, quum non ſine cauſſa vocabulo *interim* vtitur atque dicit, bonae fidei poſſeſſorem fructus ſuos interim facere; ſed longe clarius id patet aliis ex legibus. In iudicium finium regundorum fructus venire, L. 4. §. 2. D. *fin. regundorum* ſolum negat, ſi eos vicinus conſumſit ac tantum de conſumtis fructibus dominum agere non poſſe, contendit §. 35. *I. de R. D.* Eis accedit L. 22. C. *de rei vind.*

vind. quum in illa, bonae fidei poſſeſſori reſtitutio omnium fructuum exſtantium imponitur: neque ſub iis pendentes ſoluin; ſed omnes potius fructus, qui nondum conſumti intelligi debent, vti eleganter animaduertit ARNOLD. VINNIVS, *libr.* I. *quaeſt. iur. ciuil. cap.* 26. cui addas L. 4. §. 19. *de uſurpat. et uſucap.* Noſtrae ſententiae ſuffragantur EVERARD. BRONCHORSTIVS, *art.* II. *miſcellaneor. iuris, aſſert.* 37. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XI. *theſ.* 22. *tom.* I. p. 690. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* VI. *tit.* I. *quaeſt.* 9. cum aliis: ei aduerſantur ob L. 37. D. *de reb. cred* L. 20. §. 13. D. ac L. 1. *C. de hered. petit.* nec non ſatis notam regulam, quod nemo cum alterius damno locupletior fieri debeat, BENED. CARPZOV, *part.* I. *deciſ.* 86. HERM. VVLTEIVS *libr.* I. *iurisprud. Rom. cap.* VI. et reliqui iurisconſulti, a PETR. MVLLERO, *ad Strum. loc. cit.* nominati. Neque minus diſſidium eſt hac in re inter GEORG. SAM. MADIHN *diſſ. de bonae fidei poſſeſſore ſingulari a reſtitutione fructuum perceptorum non ſemper immuni,* Ienae, CIↃIↃCCLIV. ac Io. NIC. MOECKERT, *diſſ. de bonae fidei poſſeſſore ſingulari a reſtitutione fructuum perceptorum non ſemper immuni,* Ienae, CIↃIↃCCLXIII. exſtitit.

§. XIV.

Conſumtos fructus dominus a bonae fidei poſſeſſore repetere nequit, licet ille per id factus sit locupletior.

1) Si dominus ſuperueniens de fructibus perceptis agere nequit contra bonae fidei poſſeſſorem, nec repetere poteſt tantum, in quantum locupletior eſt factus; illud autem clare verba §. 35. *I. de R.* D. tradunt. 2) Generatim dicit §. 2. *I. de off. iudicis*, conſumtorum fructuum rationem haud habendam eſſe, ſi bonae fidei

poſſeſſor fuerit. 3) ſi certum eſt, domino ad repetendum illud, quod bonis bonae fidei poſſeſſoris per perceptionem eiusmodi fructuum perceptorum acceſſit, neque actionem realem; neque perſonalem iure ciuili ſuppeditari, nec illas repetere poteſt dominus. Realem eum haud habere, extra omnem dubitationem eſt poſitum: eadem autem ratione denegatur ipſi perſonalis actio a PAVLO, L. 4. §. 2. *D. finium regundor. ſed ante iudicium percepti non omni modo hoc in iudicium venient: aut enim bona fide percepit et lucrari eum oportet, ſi eos conſumſit; aut mala fide, et condici oportet.* 4) Iura generatim bonae fidei poſſeſſorem fructuum perceptorum dominum eſſe ſtatuunt; ſed neceſſe eſſet, vt illud ſaltem pro parte adſirmaremus, ſi diſtinguere vellemus, vtrum vtiliter; an ſine vtilitate fructum ſint percepti. Diſſentiunt potiſſimum 1) ob id, quod de bonae fidei poſſeſſore, ad reſtituendos fructus obligato traditur, ſi condictione conueniatur indebiti, *L.* 15. et 60. §. 6. ſqu. *D. de condict. indebiti* 2) fructus conſumti omnes ii ſunt, ex quibus nihil adeſt, *L.* 24. §. 4. *D. de minor.* ac *L.* 17. *D. quod metus cauſſa.* 3) ob id, quod de hereditatis petitione *L.* 25. §. 11. *D. de hered. petit.* traditur atque ob L. 50. D. et L. 8. C. *de don. inter vir. et vx.* ac *L.* 16. *C. de praed. et al. reb. minor.* DIDAC. COVARRVVIAS, *libr.* 1. *var. reſolut. cap.* 3. IAC. MENOCHIVS, *remed.* XV. *recuperand. poſſeſſ.* ANTON. FABER, *libr.* IV. *coniect. cap.* XVII. BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud forenſ. part.* III. *conſt.* 23. *def.* 28. MATTH. WESENBECIVS, *conſ. rc. num.* 9. HARTM. PISTORIVS, *libr.* IV. *quaeſt. iuris, quaeſt.* 25. p. 605. noſtram autem adprobant ſententiam ARNOLD. VINNIVS ad §. 35. *I. de R. D.* BALTH. BRANCHV, *obſ. iur. Rom. dec.* 1. *cap.* 3. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* VI. *tit.* 1. p. 468. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* XCVI. *med.* 4. Io. BALTH. WERN-

HER

HER *part.* I. *obſ.* 318. GEORG. SAM. MADIHN, *diſſ. de bonae fidei poſſeſſore ſingulari a reſtitutione fructuum perceptorum immuni*, atque auctores *der Meditat. über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* III. *med.* CXXX. p. 92. Ceterum has quaeſtiones tangunt: CHR. WILDVOGEL, *de iure fructuum, a bonae fidei poſſeſſore perceptorum.* Ienae CIↃIↃCCXXIV. et IO. HENR. BERGER, *de fructibus et impenſis quoad bona fidei poſſeſſorem*, Viteberg. CIↃIↃCXCV.

§. XV.

Dominium rei ex contractu, ob dolum nullo, traditae, in alterum non transit.

Si 1) eiusmodi negotium nullum eſt, nec vllos effectus producere poteſt; ſed prius conſtat ex L. 7. *pr. D. de dolo malo.* 2) Secundum iuris ciuilis praecepta ſatis nota ſola traditio haud transfert dominium: ſed iuſta cum cauſſa eam coniunctam eſſe oportet. 3) Si ex venditione imaginaria, donatione inter coniuges atque alienatione minorum, ſine ſollemnitate facta, non tranſit dominium, neque eiusmodi alienatio effectus producere poteſt; ſed prius conſtat ex *L.* 16. *C. de praed. et al. reb. minor. L.* 3. §. 13. D. *de donat. inter vir. et vx. L.* 55. *D. de contrah. emtione.* Tandem 4) patet id ex *L.* 16. §. 1. D. *de minoribus.* Contrariam ſententiam qui tuentur, prouocant ad L. 11. §. 5. ac *L.* 13. §. 4. et 5. D. *de act. emti*: *L.* 12. §. 1. D. *de iure dot. L.* 3. *C. commun. vtriusque iud.* et *L.* 5. C. *de reſc. vendit.* atque in his potiſſimum Io. CORASIVS, *libr.* II. *miſcellan. cap.* 8. ac IO. ROBERTVS, *libr.* III. *animaduers.* 1. 2. et 4. Sed iisdem inprimis ſeſe oppoſuit ARN. VINNIVS, *libr.* I. *ſel. quaeſt. cap.* 12.

§. XVI.

Traditio ad transferendum dominium est neceſsaria.

1) Cum dominio facultas de re pro lubitu diſponendi, omni tempore coniuncta eſſe ſolet; neque illud cogitare poſſumus; niſi domino copia ſit facta de re diſponendi, quod ſolum peragitur per traditionem. Conſtat hoc 2) ex *L.* 1. §. 1. *D. de adquir. poſſeſſ. L.* 20. *C. de pactis* ac *L.* 13. *D. de diſtract. pignorum.* Sed quid opus eſt probatione? Tam clara eſt atque euidens haec poſitio, vt neminem fore ſperemus, qui adhuc illam in dubium vocabit; nihilo tamen minus argumenta, quibus vtuntur, qui aliud fouent, peti ſolent ex L. 23. *D. de adquir. vel am. poſſ.* L. 46. §. *fin.* D. *de furtis* L. 23. *C. de SS. eccleſiis* ac L. 1. *C. de don. quae ſub modo.* Neque minus quondam de illa controuerſia fuit, in qua Hvgo Grotivs, *de iure belli ac pacis, libr.* II. *cap* 6. *et cap.* 8. Didac. Covarrvvias, *variar. reſolut. libr.* III. *cap.* 5. *num.* 6. atque Vlric. Hvbervs, ad *inſtit. de rer. diuiſ. cap* 6. negarunt, traditionem neceſſariam eſſe; contrariam tamen fouerunt ſententiam Io. Iac. Wissenbachivs, *de mutuo, libr.* I. *theſ.* 4. Arnold. Vinnivs, *comm. ad inſtit. tit. de rerum diuiſ.* §. 46. *num.* 4. et Sam. de Cocceii, *iur. controuerſ. libr.* XLI. *tit* 1. p. 423.

§. XVII.

Vacua poſſeſsio requiritur, vbi traditionem quis peragere velit.

1) Traditio non; niſi ab eo peragi poteſt, qui plenam de re diſponendi habet facultatem; hoc autem de eo non poteſt adfirmari, qui alteri rem quidem tradere

re vult, si tertius eius habet possessionem, secundum *L.* 22. *D. de adquir. possess. L.* 4. §. 12. D. *de vsurpat. et vsucap.* ac *L.* 13. §. 2. *de verb. signif.* Vbi 2) traditione possessio non potest transferri, ibi non adest traditio; prius autem non locum habet, si possessionem tertius habet, *L.* 3. §. 5. ac *L.* 6. §. *vlt.* D. *de adquir. possessio.* Traditio 3) nihil aliud est; quam possessionis datio ac translatio, L. 3. *pr.* D. *de act. emti;* neque minus re tradita, possessionem ordinarie amitti traditur, L. 50. *pr. D. de rei vindicat.* quibus *L.* 16. D. *de peric. et commodo rei vendit. L.* 12. *C. de probat. L.* 13. *C. de distract. pignorum ac L.* 8. *C. de act. emti* iungas. Contrariam sententiam ob L. 10. §. *fin* D. *de condict. furtivae*: *L.* 16. D. *de fundo dotali* ac L. 8. *C. de act. emti* praeter antiquiores, videlicet, PLACENTINVM, Io. AZONEM, ACCVRSIVM, ODOFREDVM, BARTOLVM, BALDVM, fouet HVGO DONELLVS, *libr.* IV. *commentar. cap.* 19. nostrae autem adhaeret SAM. DE COCCEII, *iur. controuers. libr.* XLI. *tit.* I. *quaest.* II. p. 428. seqq.

§. XVIII.

Libertas ab annuis reditibus solo lapsu annorum nunquam praescribitur.

1) Ea est indoles ac natura annuarum praestationum, vt tot sunt praestationes, quot sint anni et singulis annis noua praestatio debeatur secundum *L. vn.* D. *quando dies vsusfr. ced.* L. 4. *D. de ann. legat.*, L. 11. *D. eiusd. tit.* ac *L.* 10. *D. quando dies legat.* Haec, quum ita sese habeant, quaelibet praestatio singularem requirit praescriptionem. 2) Debitorum conditionatorum; vel in diem delatorum praescriptio prius haud incipit; quam si dies cessit; vel condictio extiterit; inter ea autem praestationes futurorum annorum sunt connumerandae.

3) Clare hoc tradit IVSTINIANVS, *L. 7. §. 6. C. de praescriptionibus* 30. *vel* 40. *annor.* Qui aliud statuunt, prouocare solent, vt sententiam suam probent de annuis praestationibus realibus ad regulam, quod non vsu seruitutes exsirent: praescriptionem actionis confessoriae, ob illas instituendae ac adquisitionem immunitatis ab aliis praestationibus, praescriptione faciendam, et, vt idem asserere queant de personalibus, siue descendant ex legato; siue ex contractu, partim adlegant *L. 35. in fin. D. de mort. cauſſa donat.* ac *L. 26. in fin. D. de V. O.* partim vnum quoque debitum esse adfirmant, si annum legatum sit perparuum hocque nomine id cum legatis ad certam diem praestandis secundum *L. 5. §. 2. D. quando dies legat* comparant; legata autem temporalia vel minimum morte legatarii expirant. Eo nomine controuersia attentionem meretur, quod inter MARTINVM GOSIAM atque BVLGARVM iam hac de re agitaretur. Quum MARTINVS eamdem foueret sententiam, quam quoque amplexus sum, eius castra sunt sequuti ANDR. GAILIVS *libr. II. obs.* 43. STEPHANVS GRATIANVS, *tom. II. discept. for.* 399. BENED. CARPZOVIVS, *part. II. const. II. def. I.* FRID. A SANDE, *decis. libr. IV. tit. VI. def. I.* SAM. STRYCKIVS, *de actionibus, sect. III. membr. I. axiom. 4.* et AVGVSTIN. LEYSERVS, *spec. CCLIII. med. I.* et *spec. CCCCLIV.* eis autem refragantur ac cum BVLGARO faciunt HENR. HAHNIVS ad *Wesenbec. tit. de legat. ann. in fin.* PETR. FRIDERVS. *de proc. mandat. libr. II. cap.* 74. IO. BRVNNEMANNVS, ad *L. 7. §. 6. C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor. num.* 8. NIC. CHRIST. L. B. DE LYNCKER, *centur. IV. decis.* 303. IVST. HENNING. BOEHMERVS, *iur. eccles. tom. I. libr. II. tit. XXVI. §. 4.* et FRID. BEHMERVS, *iur. controu. tom. I. obs. 9. p. 161.*

§. XIX.

§. XIX.

Si defunctus in mala fide est constitutus, bona fide heres praescriptionem inchoare non potest.

Heres repraesentat personam defuncti ideoque in mala fide constitutus censetur, etsi illam haud habeat; vbi vero mala adest fides, ibi bona locum habere nequit. Prius constat ex §. 12. *I. de vsucap.* *L.* 11. *D. de diuers. temp. praescript.* *L.* 10. *C. de adquir. vel am. possess.* aliisque legibus. Placet hoc plerisque iuris interpretibus atque in his SAM. DE COCCEII *iur. controuersо*, *libr.* XLI. *tit.* III. *quaest.* 21. verumtamen ab hac sententia ob *L. pen. D. pro herede* remotus est WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *compend. iuris dig.* p. 575.

§. XX.

Bona fides in praescriptione extinctiua haud requiritur.

Quaecunque praescriptio est praescriptio extinctiua, illa non requirit bonam fidem, propterea quod bona fides opinionem, supponit possessoris, se esse dominum rei ideoque non cogitari potest, vbi non adsit dominium; neque possessio, secundum *cap.* 5. *et fin.* X. *de praescription.* ac *cap.* 3. *de regulis in sexto.* Dissentiunt ob *cap.* 5. et 20. *de praescript.* BENED. CARPZOVIVS *libr.* I. *respons.* 33. *num.* 10. DIDACVS COVARRVVIAS, *libr.* I. *resolut. cap.* 7. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *exerc.* XXXXIII, *thes.* 21. DAV. MEVIVS, *part.* IV. *decis.* 233. *num.* 4. IO. BRVNNEMANNVS, *centur.* III *decis.* 13. SAM. STRYCKIVS, *part.* XII. *de action. forens. cap. axiom.* 6. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *tom.* I. *obs. iur. vniu. obs.* 115. AVG. LEYSERVS, *spec.* CX. *med.* 5. et *spec.* CCCCLV. *med.* 8. ERN. CRHIST.

CHRIST. WESTPHAL *de indolae bonae fidei in praeſcriptionibus*, Halae CIↃIↃCCLXIV. ac IAC. RAVE, *prine. doctrinae de praeſcript.* p. 195. ſed noſtram adprobant opinionem iurisconſulti Ienenſes in ſententiis ſuis ac praeterea IVST. HENNING. BOEHMERVS, *iur. eccleſ. libr.* II. *tit.* 26 §. 4. HENR. COCCEIVS, *diſſ. de finibus bonae fidei in praeſcriptione vol.* I. *exercit. curioſ.* p. 1476. ſeq. Io. GEORG. ESTOR, *tract. von der Vſucapion, part.* I. §. 170. humaniſſimus collega, Io. LVD. SCHMIDIVS, *de praeſcript. act. pigneratit. cap.* II. p. 28. CAR. FERD. HOMMELIVS *rhapſod. quaeſt. obſ.* 208. et FRID. BEHMERVS, *iur. controv. tom.* I. *obſ.* VIII. p. 153

§. XXI.

Bona fides non est probanda.

Quicunque ſolum negat, ille id, quod negat, vbi cuilibet conſtat, probare non debet. Qui autem bonam fidem pro ſe adlegat, non; niſi negat, quum ſcientiam ſe habere iuris, alteri in rem competentis, quam habet, haud concedit. 2) Qui praeſumtione quadam nititur, liberatur ab onere probandi: is autem, qui bona fide rem ſe poſſidere adſerit, praeſumtione iuris nititur, quae pro bonitate viri omnino locum habet, quam CHRIST. THOMASIVS *diſſ. ſingulari, de praeſumtione bonitatis, tom.* II. *diſſertat. iuridicar.* p. 458. copioſius expoſuit. Accedit 3) *L.* 21. *D. de probat.* Aliud placet Io. HENR. BERGERO, *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* II. *theſ.* 21. *not.* 3. hicque eo nomine ad *L.* II. *C. vnde vi* prouocat; ſed mecum conſentiunt Io. LVD. SCHMIDIVS, *de praeſcript. tam. certi; quam incerti temporis, ſ.* XLVIII. in *opuſculis de praeſcriptione*, p. 53. IAC. RAVE in *principiis doctrinae de praeſcriptione* p. 51. ac ERN. CHRIST.

CHRIST. WESTPHAL. *diss. de indole bonae fide in praescriptionibus*, Halae, cIↃIↃCCLXIV. §. XX.

§. XXII.

Contra ciuitates non solum centenaria; verum etiam quadragenaria praescriptio locum habet.

1) Satis notum est, vnicam saltem legem praesidio esse ciuitatibus, quae res suas centum tantum annorum spatio praescribi existimant, nimirum L. 23. *C. de S. S. ecclesiis;* ipsam tamen in rebus ad ciuitates pertinentibus abrogatam esse a IVSTINIANO *Nou.* CXI. merito statuimus. Clare in iis sancit, ecclesiarum res quadraginta annorum praescriptione adquiri posse; ab ecclesiis autem ad ciuitates, vt a maiore ad minus merito valet conclusio, quum tantum pretium rebus ciuitatum haud statueretur, quantum sanctiorum coetuum facultatibus hancque ob rem in L. 23. *C. de SS. ecclesiis* vltimo loco tantum ciuitates ponuntur atque illae reliquis sanctioribus coetibus adiungimtur. Neque minus 2) ex ratione legis, constat, etiam in illa tacite abrogari, quae laudata in constitutione, L. 23. videlicet *C. de S. S. ecclesiis* de ciuitatum rebus sunt sancita. In difficultatibus eam ponit imperator, quibus is, qui centum annorum possessionem probare vult, obstringi soleat; nonne autem eadem locum habent, siue quis ciuitati; siue ecclesiae praescriptionem opponat? Dissentiunt ob L. 23. *C. de SS. eccles.* PETR. WESENBECIVS, *tit. I. dig. de vsurpat. et vsucap. num. 7.* et ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VIII. *controuers. iuris cap.* I. inter eos autem, quibus nostra placuit sententia, locum tenet PETR. MVLLERVS ad *Struu. ex.* XLIII. *thes.* XIX. cum aliis.

§. XXIII.

§. XXIII.

Etiam iure Romano bona ecclesiae Romanae non; nisi centum annis praescribuntur.

Clare id iubet *Nouella* VIV. neque abrogata ista est per *Nouellam* CXI. quum 1) lex specialis lege generali tacite haud abrogatur, licet sit posterior et quod maximum est, haec constitutio directa est ad Theodotum, orientalium praetoriorum praefectum ideoque solum de ecclesiis orientalibus valuit. Neque minus 2) docet id authentica *quas actiones C. de S. S. eccles.* Aliud existimant ob sensum, quem *nou.* CXI. tribuunt, DION. GOTHOFREDVS, *not. ad Nouell.* 9. IAC. CVIACIVS, *libr.* V. *obseruat. cap.* 5. et in *tract. de diuers. tempor. praescription. cap.* 31. REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. vol.* II. *diss.* 22. *litt. m.* et CONR. RITTERSHVSIVS *exposit. method. nouellar. part.* XI. *cap.* I. p. 667. sed falli hos iurisconsultos, doctissime demonstrauit Io. AVG. BACHIVS, *diss. de praescriptione centum annorum in action. ecclesiae Rom. de iure ciuili*, Lipsiae CIↃIↃCCL.

§. XXIV.

Praescriptio immemorialis per documenta etiam probari potest.

Ad probandam hanc praescriptionem necesse est, vt demonstremus, possessorem eiusue antecessores ius, de quo disputatur, semper exercuisse, nec vnquam huius possessionis fuisse initium; illud autem per documenta eadem ratione demonstrari potest, qua per testes. Negat hoc SAM. STRYCKIVS, *tract. de iure sensuum, diss.* VIII. *cap.* 3. *nr.* 22. atque adfirmat DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedencken, tom.* IV. p. 1.

§. XXV.

Digitized by Google

§. XXV.

Praeſcriptionem immemorialem elidenti documenta non minus; quam testes inſeruiunt.

Vbi cuiquam hoc negotium impoſitum eſt, eo optime fungitur, vbi initium poſſeſſionis indicat hocque probat; ſed illud demonſtrari quoque poteſt ex documentis. Negat hoc ex rationibus politicis aeque ac ſuſpecta fide quorundam documentorum Avg. Leyservs, *ſpec.* ccccLx. *med.* 1. ſed nobiscum conſpirant Io. Petr. de Lvdewig, *commentar. in aur. bullam, tit.* viii. §. 1. Ivst. Henn. Boehmervs, in *iure eccleſ. libr.* ii. *tit.* xxvi. §. 42. Gottfr. Lvd. Mencken *de praeſcriptione immemoriali, deficiente licet hominum memoria, per documenta elidenda*, Lipſ. cIↃIↃccxxxiii. Frid. Behmervs, *iur. controu. tom.* 1. *obſ.* x. p. 162.

§. XXVI.

Sola contradictio extraiudicialis, in ſe ſpectata, praeſcriptionem rerum incorporalium haud interrumpit.

Si talis contradictio neque poſſeſſionem praeſcribentis; neque eius bonam tollit fidem: nec illa interrumpere poteſt praeſcriptionem; verum enim vero prius ex ratione praeſcriptionis pariter ac bonae fidei clare conſtat. Contrariam tuentur ſententiam ob ea, quae L. 17. C. *de R. V.* L. 2. C. *de annal. except.* L. 25. §. 7. *de her. petit.* ac L. 2. C. *de ſeruitut.* traduntur. Georg. Ad. Struvius, *ex.* xxxxiii, §. 28. Christ. Wildvogel, *reſp.* cclxxxxix. et Andr. Flor. Rivinvs, *de effectu quaſi interpellationis; ſeu legalis et extraiudicialis;* ſed noſtram probat

bat DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedencken, tom.* I. p. 57.

§. XXVII.

Etsi IVSTINIANVS iis, qui praescriptionem metuunt ob absentiam tertii, qui procuratorem haud constituit, satis prospexit L. 2. *C. de annal. except.* ei tamen restitutio in integrum denegari nequit.

Clare restitutio conceditur *tit. D. ex. quib. caussis maiores* 25. *ann. in integr. restit.* ob absentiam tertii; neque vllo modo hac in re leges hae mutatae sunt; vel abrogatae. Qui eam admittere haud volunt, ideo id faciunt, quod ipsis indignus hoc beneficio videatur, qui remedio, in lege adlegata praescripto, haud vsus sit atque inter eos locum tuentur SAM. STRYCKIVS, *tit. dig. ex quibus caussis maior.* §. 2. ac Io. AVG. HELLFELDIVS, *iurisprud. for. libr.* IV. *tit.* VI. §. 470. sed mecum consentiunt Io. BRVNNEMANNVS ad L. 22. *D. ex quibus caussis maior. num.* 2. GEORG. AD. LAVTERBACHIVS *coll. theor. pract. libr.* IV. *tit.* VI. §. 3. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* IV. *tit.* VI. *quaest.* 1. GEORG. LVDOV. MENCKEN, de *actionibus*, p. 48. atque auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, vol. II. p. 12.

§. XXVIII.

Qui res leuandae nauis caussa in mare proiicit, earum retinet dominium.

1) CONSTANTINVS reseruat L. 1. *C. de naufragiis* nauem, ad litus expulsam domino eamque fisco denegat; a naui vero merito argumentamur ad res, quae in naui continentur. 2) Vbi non adest animus derelin-

linquendi, ibi nec cogitari potest derelictio. Illud extra omne dubium positum esse, liquet ex § 47. *I. de rer. diuis.* Neque minus id partim ex eo colligimus, quod res nostrae iisdem modis esse desinant, quibus adquirantur, L. 133. *D. de R. I.* partim ex eo, quod adquisitio fieri non possit; nisi accedat animus adquirendi eandemque ob caussam idem statuendum sit de amissione; quis vero animum derelinquendi deprehendit in iactu mercium, qui sit saltem nauis leuandae caussa, vt adparet ex L. 9. §. *vlt. D. de A. R. D.* et §. *vlt. I. de R. D.* 3) Quod non est derelictum; sed deperditum, illud semper vindicare licet; sed rem, in mare proiectam ad deperditas res clare refert IAVOLENVS in *L.* 21. §. 1. *D. de A. vel A. P.* 4) Euidenter rem probat IVLIANVS, L. 8. *D. de leg. Rhod. de iactu.* Aliud in iure ciuili statui, aduersarii ex *L.* 43. §. 11. *D. de furtis* concludunt. Inter illos refertur FRANC. HOTTOMANNVS, *comment. ad §. vlt. I. de R. D.* sed IAC. SCHVBACK, *de iure littoris, cap.* III. §. 23. p. 176. nostram fouet sententiam.

CAPVT TERTIVM.

DE

SERVITVTIBVS.

§. I.

Si seruitus, fundo fructuario imponenda, ita est comparata, vt vsufructuario nullo modo noceat, eam imponere potest proprietatis dominus, licet non consentiat vsufructuarius.

1) Quodcunque fieri poteſt ſine praeiudicio vſufructuarii, illud in fundo ſine dubio facere poteſt proprietarius, propter dominium, ipſi competens. Adfirmat id L. 16. *D. de vſufructu* clare. Iam non inquiramus, quaenam ſententia ſit VLPIANI, quae exſtat in L. 15. *h. t.* licet non inficiemur coniecturam CORN. VAN BYNKERSHOECK, quum *libr.* 1. *obſerv. iur. cap.* 2. p. 53. exiſtimat, pro *nequidem* legendum eſſe *equidem*, ac ſtatuendum, VLPIANVM ad conſtitutionem eiusmodi ſeruitutis, requirere conſenſum domini ſeruitutis, nobis magis; quam PHIL. IAC. HEISLERO, *de nuda propr. pleno dominio et proprietat. domino ſeruitutem imponente*, Halae CIↃIↃCCLVI. arridere*); certum tamen eſt, hoc ſta-

*) L. 15. §. *vlt. D. de vſufructu* attentionem iurisprudentum ita excitauit, vt, qui in eius explicatione ſtudia ſua collocarent, diuerſus in partes discederent. Primam in claſſem illos ſcribimus, qui eam medicina quadam critica indigere putarent; verum tamen haud conuenirent, quanam in vocula mendum lateret ac qua ratione genuina lectio ſit reſtituenda. Quum verba huius legis haec ſunt: *proprietatis dominus nequidem conſentiente fructuario ſeruitutem imponere poteſt*, PINELLVS aeque ac BVSIVS, obſeruante Io. STECKIO, *vindicat. legum anticriticis*, *cap.* V. *tom.* I. *theſauri iuris Romani* EVER. OTTONIS, p. 512. legem hanc innumeris aliis, ex quibus particulam *non* excidiſſe ferunt, adnumerant ideoque hanc inter verba *imponere potest* inſerendam cenſent. FRANC. CONNANVS, legi lucem, quam deſiderat, accendi poſſe putat, ſi *libr.* IV. *comment. iuris ciuilis cap.* 3. §. 3. loco *nequidem* ſubſtituit *nec quidem*; ſed aliud placuit VLRIC. HVBERO, quum *enomia Romana*, p. 328. perſuaſum habet, VLPIANVM loco *nequidem* ſcripſiſſe *non*; *niſi*. Aliam ingreditur viam CORNEL. VAN ECK, *ad tit. Dig. de vſufructu*, §. 28. dum legit loco *nequidem equidem*. Illum ſequitur CORNEL. VAN BYNCKERSHOEK *libr.* I. *obſervat. iuris Romani*, *cap.* XI. p. 55. et ſolum verba ipſa; leui tamen modo transiicienda eſſe, perſuaſum habet; neque minus in L. 17. *D. de vſufructu* in locum *item* ſubſtituit *autem*,

statuere POMPONIVM, L. 16. *D. de vsufr.*, Nonne vero huic regulae exceptionem adiicit, *nisi deterior non fiat*

 fructu-

tem, ac tandem PHIL. IAC. HEISLERO, *diss.* supra a me adlegata p. 48.] in locum *consentiente* substituit *consciente*. Ab his distinguenda est eorum prudentum cohors, qui sanum locum esse putant eamque ob caussam alteram constituunt classem; nihilominus tamen inter se mirum in modum distant. Etsi GEORG. ADAM. STRVVIVS inter elegantiores iurisconsultos haud facile locum sibi vindicet; ipsius tamen coniectura, quam *ex.* XII. *thes.* 19. protulit, ea attentione ab aliis digna est habita, vt illam PETR. DE TOVLLIEV, *collectaneis*, p. 321. magno cum feruore defenderet; BERNARD. autem HENRIC. REINOLDVS, *varior. cap.* XVI. p. 125. in ista refutanda tempus suum consumeret. Vti omnes tres in eo conspirarunt, quod haud quidquam hac in lege sit emendandum, idem existimant praeter Io. STRCKIVM, modo memorarum, eius aduersarius, IAC. GOTHOFREDVS *animadnersionum cap.* V. *tom.* III. *thesauri iuris ciuil.* EVERARDI OTTONIS, p. 277. LVD. VITALIS, *lect. variar. libr.* I. *cap.* 8. *tom.* II. *thesauri memorati*, p. 669. ANTON. FABER, *rational. ad L.* 15. §. *vlt. D. de vsufructu* GERH. NOODTIVS *libr.* I. *de vsufructu*, *cap.* 16. *tom.* I. *operum*, p. 422. Io. WOLDERS, *obseruat. iuris Romani*, *cap.* VI. p. 27. M. AVR. GALVANVS *de vsufructu*, *cap.* XXXV. *cap.* 6. ABRAH. WIELING, *lect. iurit ciuil. libr.* I. *cap.* 8. CHRIST. HENR. TROTZIVS, *praefat. Iac. Gothofredi operibus minoribus* praemissa, p. 28. Io. GOTTFR. BAVER, *diss. receptam L.* 15. *in fin. D. de vsufructu lectionem ab aliorum emendatione; nec non vulgari explicatione et nota absurditatis, vindicans*, Lipsiae CIↃIↃIↃCCXXXI. Nonnulli eorum, auctoritate quorumdam locorum veteris Latii scriptorum, videlicet SVETONII *vita Caesarit cap.* XXXVI. LIVII, *libr.* III. *cap.* 14. CICERONIS, *orat. pro Deiotato*, *cap.* XIII. ac *libr.* VI. *epistolar. ad Atticum*, *ep.* 1 freti, singularem sensum et quidem adfirmantem verbis: *nequidem consentiente vsufructuario* tribuunt; negantem autem reliqui; eo tamen modo, vt triplicem rationem adferant, quae commouerit VLPIANVM haecce proferre, quamuis inprimis curate expositit GOTHOFREDVS. Quum fines scriptionis nimium transgrederer, si cuiuslibet iurisconsulti sententiam

fructuarii conditio? 2) Idem mirum in modum corroborat L. 8. *D. de aqua et aquae pluu. arcend.* Requirit quidem iurisconsultus in propolita ſpecie, qua vſus aquae cuidam ſit concedendus, ex qua aliis iam aquam ducere competit, non proprietarii ſolum; ſed etiam vſufructuarii conſenſum hacque ratione aduerſari nobis magis; quam fauere videtur; ſed, quod probe notandum eſt, addit rationem, *quod minuatur eorum ius.* Vbi itaque hoc non accidit, nec conſenſu eorum opus eſt. Diſſen-

tiam exponere vellem ac trutina quadam examinare, ſolum moneo, me ſententiae de ſanitate huius loci, quam iam ante aliquot annos amplexus ſum *not. ad Eckhardi hermenent. libr.* I. *cap.* IX. §. 52. p. 58. inhaerere, ſi quoque coniectura Byncker-shoeckiana, vbi ſemel is eſſet emendandus, reliquas emendationes probabilitate antecedit. Eo magis lectionem vulgatam retinendam puto, quum omnes libri manuſcripti atque in his codex quoque Florentinus illam tuetur: neque minus ipeius integritas conſtat ex libris ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, *libr.* XVI. *tit.* I. immo ex totius orationis ſtructura, ſi reſpicimus partim ad ea, quae VLPIANVS paullo ante tradiderat: partim ad iſta, quae verba noſtra ſine omni dubio ſunt ſequuta, quaeue deprehendimus in L. 17. D. *de vſufr.* Haud quidem addidit iurisconſultus, cur proprietario nequidem tunc, ſi ſtipatus ſit conſenſu vſufructuarii, permittere voluerit, imponere fundo fructuario ſeruitutem; vbi vero reliqua principia, a prudentibus de vſufructu adoptata, percurramus, profecto non miramur, quid ſit, quod illud quoque ipſi placuerit. Prouoco ſolum ad ea, quae de cautione fructuaria, a teſtatore haud remittenda tradiderunt. Iungamus id, quod ſtatuerint de nullitate ceſſionis vſusfructus, tertio factae et quae ſunt alia: vbi vero haec ponderamus ac ſimul reputamus, VLPIANVM quoque, prolata regula, exceptiones forſan adieciſſe easque omiſiſſe TRIBONIANVM, quoniam maluerit illas potius adducere, quas PAVLVS L. 16. *D. de vſufructu* expoſuit: non opus eſt nobis verba haec emendatione immatura corrumpere; vel verbis ſenſum adfingere, qui illis omnino non eſt adcommodatus; ſed maxime eadem contorquet.

ſentiunt ob L. 15. §. *fin. D. de vſufructu* Io. VOETIVS *ad dig. tit. de vſufructu, num.* 10. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* VIII. *tit.* 1. *quaeſt.* 4. plerique tamen noſtram adprobant ſententiam, in quibus BERN. HENR. REINOLDVM *variarum, cap.* 16. *in opuſculis.* p. 125. ac modo laudatum HEISIERVM nominare ſufficiat. Praeterea digni ſunt, qui hac de re legantur: MARC. NIEHOLT A LYCKLAMA *libr.* II. *membranar.* p. 467. PETR. DE TOVLLIEV, *collectan. diſſ.* XI. p. 320. ac CHRIST. GOTTL. RICHTER, de *ſeruitute a proprietatis domino fundo fructuario impoſita*, Lipſiae, CIↃIↃCLXXXIX.

§. II.

Voluptatis cauſsa ſeruitus ſolum constitui nequit.

Quaecunque ſeruitus neque realis; neque perſonalis eſt, illa haud valet ex ſententia L. 15. *D. de ſeruitut.* Quum reales ſeruitutes praedio, cui competunt, vtiles eſſe debent, teſte *L.* 20. §. *vlt. de S. P. V.* et *L.* 86. *D. de V. S.* illa vero, quae ſolum conſtituta eſt, vt habeat quis, vbi ſe poſſit oblectare, praedii vtilitatem in altius nunquam promouet, ſeruitutem realem, quam voluptatis cauſſa quis ſibi adquiſiuit, nemo cogitabit. Neque vero illa ad perſonales eſſet referenda. Quemadmodum 1) praedio realis; ita perſonae perſonalis vtilis eſſe debet; ex eiusmodi ſeruitute vero voluptas quidem capitur; ſed non vtilitas, a voluptate longe diuerſa, teſte *L.* 3. §. 2. 3. 4. *D. de in rem verſo.* 2) PAVLVS, *L.* 8. *D. de ſeruitut.* generatim dicit: *vt pomum decerpere liceat, vt ſpatiari et vt coenare in alieno poſſimus, ſeruitus imponi non poteſt;* neque ſolum de ſeruitutibus realibus, eas nominata iura in ſe continere haud poſſe, adfirmat hancque ob rem, idem de perſona-

ſonalibus eſſe ſtatuendum, haud obſcure nobis ſignificat. Ab hac ſententia ideo, quod in iure ea, quae ad voluptatem pertinent, vtilitate comprehendantur: immo ambulandi quoque cauſſa ſeruitus conſtituatur atque alia eiusmodi ſeruitutum genera memorantur L. 15. et 16. *D. de ſeruitut.* L. 1. §. 11. ac L. 3. *D. de aqua quotidiana ac aeſtiua* deflectunt IAC. CVIACIVS, *libr.* XXII. *obſ. cap.* 35. GERH. NOODT, *libr.* I. *probabil. cap.* 2. et ABR. WIELING, *libr.* I. *lect. iur. ciuil. cap.* 17. p. 58. ſed nobiscum conſpirat Io. ROBERTVS, *ſent. iur. libr.* III. *cap.* 24.

§. III.

Licet vero ita haec ſe habeant; non tamen negamus, dominum praedii dominantis ſeruitute conſtituta vti poſſe, ad recreandam mentem.

1) Qui ſeruitutem itineris habet, ille quoque ambulare poteſt in fundo alieno, vt ex *pr. I. de ſeruit.* *L.* 1. *pr. D. de S. P. R.* patet; ambulamus autem potiſſimum voluptatis cauſſa. Latiorem quidem ſaepius habet notionem vocabulum hocce, vt monet HVBERVS *praelect. ad tit. I. de ſeruit.* p. 156. ſed diſtinguitur in definitione itineris a τῷ *ire* ideoque nihil aliud denotat; quam *ſpatiari animi cauſſa.* 2) Ei, cui competit ſeruitus tigni immittendi, permittitur in *L.* 8. §. 1. *D. ſi ſeruit. vindicetur*, tigno imponere porticum ambulatoriam. 3) In ſeruitute aquaeductus continetur etiam ius, aquam ducendi voluptatis cauſſa, *L.* 3. *pr. D. de aqua quotid.* Argumenta, quibus antecedentem propoſitionem confirmare ſtudui, huic opponi ſolent ab iis, quibus eadem displicet. Aliter ſentit GVIL. FORNERIVS *libr.* II. *ſelect. cap.*

Digitized by Google

cap. 18. qui autem voluptatis cauſſa ſeruitutem conſtitui cenſent, non poſſunt non idem ſtatuere, quod hoc loco tradidi.

§. IV.

Veſtimentorum, qua talium, vſusfructus verus est.

1) Vbi quaſi vſusfructus cogitandus eſt, neceſſe eſt, vt res ſit fungibilis, in qua conſtitutus ſit vſusfructus. Vbi rem fungibilem dicere vis, eam ita comparatam eſſe oportet, vt cum eius vſu ordinario coniuncta ſit illius conſumtio. Sed id non reperimus in veſtimentis, quae licet adtrita fiant ac deteriora longo eorum vſu; non tamen per illum conſumuntur. Nec locum itaque habet in iis quaſi vſusfructus. 2) Vbi vſusfructus ita conſtituitur, vt proprietarius rem, finito vſufructu, ſibi reddi ſtipuletur, illo eſt vſusfructus verus; ſed veſtimentorum vſumfructum ita conſtitui, teſtis eſt POMPONIVS, in L. 9. §. 3. *D. vſufructuar. quemad. caueat.* 3) Quicunque vſufructuarius re abuti non debet, ille habet verum vſumfructum, propterea quod hoc eius ſit character; ſed qui veſtium habet vſumfructum, illis non abuti debet, ex L. 15. §. 4. *D. de vſufruct.* 4) Si aedium, animalium aliarumque rerum, quae etiam obſolefcunt ac longo vſu fiunt deteriores, verus eſt vſusfructus, vti eſt, teſte L. 68. §. *fin.* et 70. §. 3. *D. de vſufruct.* GERH. NOODTIVS, *libr.* 1. *de vſufructu. cap.* 17. *tom.* 1. *oper.* p. 450. idem de veſtimentis eſt ſtatuendum. 5) Quaecunque res locari poteſt, illa eſt non fungibilis et ita comparata, vt verus vſusfructus in illa conſtituatur; locari vero veſtimenta, videmus ex §. 1. *I. locat.* Aliud partim ob §. 2. *I. de vſufructu*: partim ob ipſam veſtium naturam ſtatuunt ARNOLD. VINNIVS, *comment. ad* §. 2. *I. de*

vſufr. HIER. TREVTLERVS, *part.* I. *diſp.* XVI. *theſ.* 16. ANDR. FLOR. RIVINVS *ſyſtem. iurisprud. polemicae, libr.* VIII. *theſ.* 141. ideoque diſcedunt a REINH. BACHOVIO, *ad Treutler part.* I. *diſſ.* XVI. *theſ* 16. *litt. a* et SAM. DE COCCEII. *iur. controu. libr.* VII. *tit.* V. p. 61. qui noſtram fouent ſententiam, praeter quos in decidenda hac quaeſtione occupati fuerunt MARC. NIEHOLT A LYCKLAMA, *membranar, libr.* I p. 464. et AVG. FRID. SCHOTTVS, *in opuſculis*, p. 114.

§. V.

Vſufructuarius theſaurum non ſibi adquirit.

1) Theſaurus non refertur inter fructus; illos autem tantum capit vſufructuarius. 2) Ille ex re non naſcitur; nec cum fundo quid habet commune L. 3. §. 3. D. *de adquir. vel. am poſſeſſ.* 3) VLPIANVS, in L. 7. §. 12. D. *ſoluto matr.* marito tantum tribuit dimidiam partem theſauri, qui inuenitur in fundo dotali; alteram partem autem vxori, propterea quod hoc loco, theſaurum inuentum eſſe a marito ideoque illius partem ei competere tanquam inuentori, ſupponit. Qui aliam ingrediuntur ſententiam, ideo eam amplectuntur, quod vſufructuarius adquirat, quidquid ex fundo percipi poſſit ac metalla adquirantur fructuario. Inter fautores ſententiae noſtrae locum tenet SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* VII. *tit.* I. p. 500.

§. VI.

Vbi de immodicis expenſis, quas a proprietatis domino vſufructuarius repetere potest,

Digitized by Google

est, est sermo, sub iis eae solum sunt intelligendae, quae summam reditvum omnium, ab vsufructuario perceptorum, excedunt.

1) Expensae cum fructibus ita sunt coniunctae, vt a domino non sint ferendae; nisi his tertius nullo modo locupletior est factus. 2) Quum conductor damni restitutionem petens, non vnius; sed omnium annorum rationem habere debet, per quos durauit locatio *L.* 8. *C. et c.* 3. *X. de locat. conduct.* idem merito adfirmamus de vsufructuario. Dissentiunt ob *L.* 7. §. 2. *D. de vsufructu* CASP. ZIEGLERVS, *de iur. maiestat. libr.* II. *cap.* 3. §. 37. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *syntagm. iur. ciuil. exerc.* XII. *thes.* 23. ac PETR. MVLLERVS, *not. ad Struuium, loc. cit.*

§. VII.

Tributa bellica ab vsufructuario sunt soluenda; nisi sint immodica.

1) Tributa bellica esse onera realia, hancque ob caussam ordinarie ab eo ferenda, qui vsumfructum fundi habet, non est inficiandum. Dicit 2) VLPIANVS, *L.* 7. §. 2. *D. de vsufructu*, vsumfructuarium agnoscere stipendia, tributa, salaria; vel alimenta; tributa autem bellica eorundem in censum cadunt. Neque minus 3) patet idem ex *L.* 27. §. 3. *D. de vsufructu*; sed solum ea intelligi, quae sunt modica, haud obscure concludimus ex eo, quod ista agnitio modicam refectionem in se suscipiendi atque ex *L.* 30. §. 1. *D. de leg.* 3. Nobiscum conueniunt GEORG. AD. STRVVIVS, *syntagm. iuris ciuil. ex.* XII. *thes.* 24. PETR. MVLLERVS *ad Struu. tom.* I. p. 760. atque AVG. LEYSERVS, *spec.* CVI. *med.* 3. ab iis autem recedit Io. GARSIAS, *de expensis*

cap. XI. *num.* 61. quum vſufructuario ſine diſtinctione tributa haec imponit. Qui ei adhaerent, reſpiciunt ad verba *L. 7. §. 2. D. de vſufructu* generatim formata.

§. VIII.

Si vſufructuarius fideiuſsoribus cautionem praestare nequit, iudicis arbitrio in locum eius ſuccedit cautio iuratoria.

Concludimus illud partim ex eo, quod ſemper in ſubſidium recurrendum ſit ad cautionem iuratoriam; partim ad id, quod tradatur L. 1. §. 2. *D. de iure deliberandi:* L. 32. *D. de vſuris* atque *authentica generaliter, C. de epiſcopis et clericis.* Opponitur huic theſi *L. 6. §. 1. C. de ſecundis nuptiis* neque minus regula, quod, ſi leges cautionem fideiuſſoriam requirant, iuratoria non ſufficiat, ſecundum L. 114. §. 11. et 12. *D. de legat.* 1, ac *L. 2. C. de tut. vel cur. qui ſatis non dedit,* ac *L. 7. D. vſufruct. quemadm. caueat.* Cum nobis faciunt ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs. cap.* 47. ANTON. PEREZ, *ad cod. libr.* III, *tit.* XXXIII. *num.* 5. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. polem. diſp.* III. *theſ.* XIII. p. 78. Sed aliud placet IOACH. MYNSINGERO *cent.* VI. *obs.* 48. *num.* 8. atque ANDR. FACHINAEO, *libr.* VIII. *controu. iuris ciuil. libr. cap.* 40.

§. VIIII.

Si quis rem ita donat, vt vſumfructum ſibi ſaltim reſeruet, ad cautionem proprietario praestandam, non est obligatus.

1) Quum vnicum fundamentum cautionis, ab vſufructuario praeſtandae, ſenatusconſultum eſt, quod cautionis iubet praeſtationem, atque illud de eo, qui vſumfructum ſolum ſibi reſeruauit, non loquitur, non poteſt adeum quoque extendi. 2) Quicunque rem alienat,

nat, leges ipſe poteſt definire, ſub quibus iſta ad alterum tranſire debeat, L. 20. §. 1. *D. de pact. dotal.* cur non itaque ſine cautione ſibi reſeruare ipſi licet vſumfructum? Quae alioquin legibus de neceſſitate cautionis ſunt conſtituta, huic ſententiae opponuntur. Diſſentit LAVTERBACHIVS, in *compend. iuris*; p. 132. vna cum antiquioribus interpretibus iuris, ſed reprehenditur quoque hoc nomine a SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* VII. *tit.* 18. *quaeſt.* 3. qui non minus auctoritate MYNSINGERI, *cent.* 1. *obſ.* 36. ANDR. GAILII, *libr.* II. *obſ.* 145. atque aliorum ſententiam ſuam tuetur. Cum illis conſentit PETR. MVLLERVS *ad Struuium, tom.* 1. p. 794.

§. X.

Si cautio vſufructuaria remiſsa est a teſtatore, ad id heres haud reſpicere debet; ſed nihilominus eam exigere potest; neque interest vtrum eam integram remiſerit; an vnam vel alteram eius partem.

Quaeſtio de cautione, vſufructuario a teſtatore remiſſa, in legibus ipſis in medium eſt prolata ac deciſa; nihilominus tamen ſuper ea iuriſconſulti in diuerſas diſtracti ſunt partes. Duobus membris conſtat propoſitio. Prius negare non poſſumus ob *L.* 6. *pr. D.* et *L.* 7. *C. vt in poſſeſſ. legat.* nec non *L.* 1. *C. de vſufr.* poſterius autem ideo adfirmamus, quod, lege non diſtinguente, iuriſconſultum diſtinguere haud deceat. Priori opponitur, quod concludendum ſit a maiori ad minus hoc loco, quumque teſtatori licuit totam rem vſufructuario legare eiusque proprietate heredem priuare, ille etiam eam ipſi ita concedere potuerit, vt cautionem non exigat: 2) remiſſio cautionis neque phyſice; neque moraliter

ſit

ſit impoſſibilis; quodcunque nec phyſice; nec moraliter ſit impoſſibile, illud heredi a teſtatore iniungi poſſit, quoniam teſtatoris voluntas pro lege ſit, *L. 1. C. de SS. eccleſ. L. 2. C. vt in poſſ. leg.* ac 3) teſtator poſſit prohibere, ne legatarii aut fideicommiſſarii cautionem a herede exigant nomine legati; aut fideicommiſſi praeſtandam *L. fin. pr. D. vt legat. ſeu fideicommiſſor. ſeruandor. cauſſa caueat.* ideoque merito id etiam de vſufructuaria cautione ſtatuendum ſit. Haec de membro priori: poſterius autem non poteſt non displicere iis, qui inter cautionem de vtendo fruendo boni viri arbitratu atque eam, quae praeſtatur do reſtituenda re diſtinguunt ac vel minimum huius remiſſionem in vero vſufructu concedunt. Argumenta, quibus diſtinctio haec defenditur, peti ſolent ex eo, quod proprietarius actionem in rem, qua rem ipſam, finito vſufructu vindicet, habeat, ſecundum L. 3. §. *vlt. L. 7. pr. ac L. vlt. D. vſufructuar. quemadmod. caueat.* ac eamdem ob cauſſam prohibere poſſit teſtator; quo minus legatarii; aut fideicommiſſarii cautionem ab herede exigant nomine legati; vel fideicommiſſi, *L. 1. pr. D. vt leg. nom. caueatur* ac *L. pen. C. vt in poſſeſſ. legat.* Haec quum ita ſeſe habeant, inter aduerſarios hoc loco non ſolum omnes eos, quibus cum GOTTFR. BOENIGK *inſtit. iuris ciuil. Romano German. tit. de vſufructu* §. XVII. ac FERD. AVG. HOMMELIO *diſſ. de iniquitate legum romanarum remiſſionem cautionis vſufr. teſtatori denegantium*, remiſſionem a teſtatore factam validam eſſe ſine diſtinctione putant; ſed quoque eos, qui diſtinguendum eſſe ſtatuunt inter cautionem, videlicet ARNOLD. VINNIVS, *ſelect. iuris quaeſt. libr.* I. *cap.* XXIV. REINH. BACHOVIVS ad *Treutler. vol.* I. *diſp.* XVI. *theſ.* 6. GEORG. FRANTZKIVS *ad tit. dig. vſufr. quemadm.*

alim caueat num. 7 GEORG. AD. SURVIVE. *ex.* XII. *theſ.* 79. LVD. MENCKE. *gymnaſ. pol. iur. diſp.* III. *theſ.* XIV. p. 79. SAM. STRYCK, *vs. mod. pand. dig. libr.* VII. *tit.* IX. *§.* 4. ac SAM. DE COCCEII. *iur. controv. libr.* VII. *tit.* IX. *quaeſt.* 5. numerauimus: nobiscum autem faciunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* XIIII. *def.* 22. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 145. IVL. AVG. PVNC. KLAPSOH, *diſſ. de remiſſione cautionis vſufructuariae*, Lipſ. CIↃIↃCCLVI. ac Io. IAC. ISLER, *num cautio vſufructuaria a teſtatore remitti queat*, Argentorati, CIↃIↃCCLXXXVIV.

§. XI.

Proprietarius cautionem vſufructuariam ſine omni exceptione remittere potest; neque interest, vtrum sit verus; an quasi vſusfructus.

Quilibet fauori ſuo renunciare poteſt. Regula haec ita in promtu eſt, vt nulla fere egeat probatione; clare tamen eam exhibent *L. pen. C. de pact.* ac *L.* 51. *C. de epiſc. et clericis.* Eam ſi iam ad proprietarium adplicamus: non poſſumus; quin ipſi facultatem, remittendi cautionem vſufructuariam concedamus, quum profecto is eſt, cuius in fauorem praeſtari debet cautio. Neque minus 2) id ex eo patet, quod non niſi, petente proprietario, vſufructuario cautio praeſtetur ideoque ceſſet, vbi iſte illam haud exigit. *L.* 2. *§.* 1. D. *quod leg.* ac *L.* 1. *§.* 1. *D. vt in poſſeſſ. leg.* Quum vtrique membro opponitur, quod contra formam legibus praeſcriptam ſit vſusfructus ſine cautione: contra poſterius adlegatur, quod *L.* 1. *C. de vſufructu* de quaſi vſufructu agat ac expreſſe ſtatuat, cautionem a teſtatore non poſſe remitti: *L.* 6. D. *vt in poſſeſſ. legat.* neget, agi poſſe cum herede huius vſusfructus nomine; niſi ſatisdatum fuerit; ſatisdatio autem in quaſi vſufructu eius

eius ad substantiam pertineat. Ita sentiunt HVGO DONELLVS, *libr.* X. *commentariorum iuris ciuilis*, *cap.* 4. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VIII. *controuersiar. cap* 42. OSWALD. HILLIGER. in *Donello enucleato*, *libr.* X. *cap.* 4. HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *resolut. iuris ciuilis*, *libr.* II. *tractat.* II. *quaest.* XXXI. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controuersa*, *libr.* VII. *tit.* IX. *quaest.* 5. sed his aduersantur BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* XIII. *def.* 12. atque ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 145.

§. XII.

Vsusfructus rei vsufructuario haud adimitur; etsi quoque eius administratione per curatoris constitutionem priuetur.

1) Certum est, vsumfructum cogitari posse sine administratione: in verbis autem ac factis interpretatio, quae est benignior, semper praefertur. 2) Tacita prohibitio vsusfructus vel ex lege; vel ex facto, quod prohibitionem in se continet, probari debet; sed neutrum hoc loco adest. 3) Non datur tacita prohibitio vsusfructus paterni ob verba clara, quae habentur in *nouella* CXVII. *cap.* I. §. 2. 4) In *authentica excipitur C. de bonis quae liberis* clare est sancitum, vt saltim tunc cesset vsusfructus, vbi conditio, ne ad patrem vsusfructus perueniat, expresse est adiecta. A nostra sententia alieni sunt, propterea quod ei, qui alteri vsumfructum adimere potest, mentem suam declarare licet verbis aeque ac factis, PETR. HEIGIVS, *part.* II. *quaest.* 12. DAN. MOLLERVS, *libr.* II. *semestr. cap.* 26. ac BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *const.* X. *def.* 10.

§. XIII.

§. XIII.

Vſusfructus per ceſsionem eius, extraneo factam, non finitur.

Si vſusfructus extraneo ceditur, in illum transferri nequit, propterea quod perſonae tantum competit: illam non egreditur hancque ob rem ad extraneum transire nullo modo poteſt: immo idem ſatis abunde §. 3. *I. de vſufructu* ac L. 66. *D. de iure dotium* docent. Neque vero iſtum perdit cedens. 1) Iam iure anteiuſtinianeo, PAVLLVS *libr.* III. *ſent. tit.* VI. §. 32. ſolum vſumfructum finiri adfirmat ceſſione proprietatis domino facta, ac per id ſimul hunc effectum ceſſioni, quae fit extraneo, denegat. 2) Quum dein §. 3. *I. de vſufruct.* nihil agitur, vbi eiusmodi vſusfructus extraneo ceditur, nec ille efficere poteſt, vt finiatur vſusfructus. 3) Quoniam §. *dict.* imperator tantum finiri dicit hanc ſeruitutem, ſi ceditur proprietario atque hic opponitur extraneo, ſatis euidenter ex eo adparet, per id vſufructuarium ſeruitutem ſuam haud perdere. 4) Non ſine cauſſa POMPONIVS, L. 66. *D. de iure dotium*, vbi de vſufructu, extraneo ceſſo, eſt ſermo, eum ad extraneum non tranſire; ſed reuerſurum eſſe, animaduertit quumque itaque hoc ſolum de tempore futuro adfirmat, ſimul nos docet, id non vno eodemque tempore, vbi ceſſio eſt facta, ſed tum demum accidere, vbi ille, poſtquam rediit ad vſufructuarium, modis ordinariis, veluti morte, capitis deminutione aliisque peruenirет ad proprietarium. 3) Cuiuscunque rei alienatio eſt nulla, illa ad eum, in quem eſt alienata, non transit; ſed manet penes eum, qui iſtam alienauit. 6) Quod nullius eſt momenti, illud neque lucrum; neque damnum cuidam adfert, L. 25. §. *pen. D. de vſufructu*, L. 8.

L. 2. D. *de pignor. act.* 7) Poena priuationis locum non habet: niſi in caſibus expreſſis, L. 14. §. 14. *D. de religioſis Nou.* 11. *cap.* 5. Diſſentiunt et quidem ob easdem leges, a nobis ſupra nominatas, aliter tamen explicatas; neque minus abulunt, quem vſufructuarius hoc modo commiuit atque ea, quae de vaſallis aeque ac emphyteutis obtinent, CVIACIVS *vot. ad* §. 3. *I. de vſufr.* HVB. GIPHANIVS *diſput. ad inſtit.* II. *theſ.* 157. *num.* 133. ARNOLD. VINNIVS *comm. ad inſtit.* §. 3. I. *de vſufructu*: MARC. AVREL. GALVANVS, *de vſufructu, cap.* 38. GERH. NOODTIVS, *libr.* II. *de vſufr. cap.* 10. ANT. DADIN. ALTESERRA *recitat. quotidian. tom.* II. p. 92. SAM. COCCEII *iur. controuerſ. libr.* VII. *tit.* IIII. *quaeſt.* 3. LVD. MENCKE *in gymnaſio polemico iuris, diſp.* III. *theſ.* XII. p. 77. et ANT. SCHVLTINGIVS in *iurisprud. Anteiuſt.* p. 363. ac nobiscum conſpirant Ev. BRONCHORSTIVS, *cent.* I. *enant.* 91. Io. HARPRECHTVS, ad §. 3. *de vſufructu*: OB GIPHANIVS ad §. *fin. Inſt. de vſufructu* ac GEORG. AD. STRVVIVS, *ſynt. iur. ciuil. libr.* VII. *tit.* III. §. 35. *tom.* I. p. 768.

§. XIV.

Si testator vſufructuario cautionem vſufructuariam remisit, legatum vſusfructus per id haud vitiatur.

1) Clare hoc conſtat ex *L. 6. D. vt in poſſeſſ. eatur.* Meminit IVLIANVS legati vſusfructus, quo ſimul a teſtatore erat cautum, ne *eo nomine ſatisdaretur*; tantum tamen abeſt, vt deneget legatario vſumfructum; vt permittendum ei potius cenſeat ſatisdare et vſumfructum pecuniae habere. Cum illo 2) belle conueniunt imperatores SEVERVS atque ANTONINVS, *L.* 1. *C. de vſufructu*, quum vſufructuario, cui cautio a teſtato-

re

re erat remiſſa, concedit pecuniam a debitoribus hereditariis ſolutam accipere, oblata ſecundum formam ſenatusconſulti cautione. Aliud ſtatuitur, quod *L. 7. D. vſufructuar. quemadmodum caueat* heredis rem vindicare permittit ab vſufructuario, ſi vſusfructus nomine ſatisdatum non fuerit: vſusfructus non intelligatur; niſi legitime conſtitutus ac quicquid contra legis praeſcriptum valet, illud pro infecto ſit habendum, *L. 5. C. de legibus* atque ita vel minimum ſentit HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *var. reſolut. iuris ciuil. libr.* II. *tract.* II, *quaeſt.* XXII. p. 376. ſed ipſi contradicit ARNOLD. VINNIVS, *ſelect. iuris quaeſt. libr.* I. *cap.* 29. p. 140.

§. XV.

Vſusfructus, si quis eum ſolum pro parte exercet, per id non admittitur.

1) Vbi non vſus ita eſt comparatus, vt nihilominus cum eo coniunctus ſit animus domini, ſeruitutem retinendi, hicque adpareat, ille ſeruitutem haud exſtinguit. Sed ſatis abunde monſtrat dominus, ſe continuare velle ſeruitutem, ſi illam exerceat, licet id pro parte id fiat, ideoque etiam id ei haud nocet. 2) Patet id ex *L.* 9. §. 1. *D. ſi ſeru. vindicet. L.* 20. *D. quemadmod. ſeruitut. amittant.* Aliud ſtatuunt ob *L.* 14. et 25. *D. quibus modis vſusfr. vel vſus amitt.* WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *de vſufructu paterno, theſ.* XXXIX. et PETR. MVLLERVS *ad Struu. tom.* I. p. 767.

§. XVI.

Ob abuſum vſusfructus finitur.

1) Modum ſeruitutibus adiici poſſe tradit *L. 4. §. 1. D. de ſeruit.* modum autem vſufructui adiici, vt ſalua

Adprobat hanc ſententiam WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. practic. libr.* VII. *tit.* IV. *tom.* I. p. 818. BENED. CARPZOVIVS., *part.* I. *conſt.* VI. *def.* 21. HENR. HAHNIVS *ad Weſenbecium*, *tom.* I. *libr.* VII. *tit.* IV. p. 676. Aliter ob *L.* 26. *D. de vſufructu*: *L.* 5. §. *vlt. D. ſi vſusfructus petatur* ac *L.* 32. §. *penult. D. de vſufructu leg.* ſentiunt: IAC. CVIACIVS, *libr.* XXIV. *obſ. cap.* 21. ac Io. BORCHOLTEN ad §. 36. *I. de rer. diuiſ.*

§. XVIII.

Non per ſolam vltimam voluntatem; ſed per actum quoque inter viuos conſtituitur quaſi vſusfructus.

1) Quodcunque ſolum conſtituendum eſt, illud etiam conſtitui poſſe actu inter viuos, nemo negabit, qui paullo curatius latam vim ac notionem vocabuli *conſtituere* ponderat; quaſi vſumfructum autem conſtitui, ſcribit imperator §. 2. *I. de vſufructu.* 2) Quod mihi licet vltima voluntate conſtituere: id peragere quoque ordinario poſſum actu inter viuos. Aduerſarii argumenta ſua petunt ex *L.* 69. *D. ad L. Falcidiam* ac cauſſa, quae ſenatum hoc de vſufructu ſatis illud notum ſenatusconſultum condere commouit et disputant nihilominus hac de quaeſtione acriter SCIPIO GENTILIS, *ad tit. cod. de bonis matern.* iurisconſulti Argentoratenſes, *colleg. Argentor. libr.* VII. *tit.* V. et PETR. MVLLERVS, *ad Struu. exerc.* XII. §. 58. *tom.* I. p. 771. qui noſtras in partes diſceſſerunt, cum iſtis, HVG. nimirum DONELLO *comm. iuris ciuil. libr.* X. *comm.* 4. FRANC. CONNANO, *libr.* IIII. *commentar. cap.* 4. M. AVR. GALVANO, *tract. de vſufructu*, *cap.* 19. et HIERON. TREVTLERO, *vol.* I. *diſp.* XVI. *theſ.* 2.

§. XIX.

Rerum fungibilium vſusfructus, inter viuos constitutus, a mutuo differt.

1) Mutuum quouis tempore repeti poteſt: illud fieri nequit in vſufructu; ſed exſpectanda hic ordinarie eſt mors vſufructuarii. 2) Cum mutuo, qua tali, ſecuritas non eſt coniuncta, quae praeſtatur creditori; ſed illam nanciſcitur proprietarius per cautionem, quam vſufructuarius conſtituere debet. 3) Mutuum quidem ſua natura eſt gratuitum, ita, vt vſurae ex eo peti nequeant; niſi adſit mora; vel pactum; illas tamen admittit mutuum, vbi illas creditor ſibi ſit ſtipulatus; ſed hae cogitari nequeunt hoc in vſufructu, *L.* 3. *D. de vſufructu car. rer, quae vſu conſumunt.* 4) Mutuum continuari poteſt etiam ab eo, qui eſt deportatus, propterea quod, quae ſunt iuris gentium, retineat deportatus, *L.* 17. §. 1. *in fin. D. de poenis*, vti obſeruat contra CALLISTRATVM, *L.* 5. *D. de extraord. cognit.* IAC. CVIACIVS, *libr.* III. *obſeruat. iur. cap.* 10. p. 72. edit. VRLII; ſed hoc non potuit locum habere in vſufructu, quoniam ille capitis deminutione media amittitur haecque iam per deportationem fit. 5) Vſusfructus exſtinguitur morte vſufructuarii, minime autem mutuum. Ob ſimilitudinem inter mutuum atque vſumfructum memoratum, illum nihil aliud eſſe; quam mutuum, pronunciarunt MATTH. WESENBECIVS, *ad tit. D. de vſufruct. ear. rer.* ac GVIL. LVDWELLVS, *ad pr. I. de vſufr. num.* 3. ſed ille hoc nomine notatur a HENR. HAHNIO, *ad Weſenbec. loc. cit.*

§. XX.

§. XX.

Cautio vſufructuaria inter ſubstantialia quasi vſusfructus referri nequit.

1) Quodcunque ad ſubſtantialia vſusfructus pertinet, illud remitti haud poteſt, ſaluo vſufructu, quum hoc ſi fiat, ille non maneret vſusfructus; ſed remitti certo modo poteſt cautio et nihilominus vſusfructus omnes procreat effectus, quos alioquin procreare ſolet. Si cautio 2) eiusmodi inter ſubſtantialia eſſet referenda, haud ipſis legibus vſufructuario nonnumquam immunitas ab vſufructuario concedi poſſet; illud autem ſit patri vſumfructum in bonis filiorum familias aduentitiis habenti, L. 8. §. 4. D. *de bonis, quae liber.* fiſco, ſecundum *L.* 1. §. 18. *D. vt legatorum; ſiue fideicom.* vſufructuario, cui proprietas in diem certum relicta. *L.* 2. *in fin. D. de fundo dot.* atque ei, qui rem alteri ita donauit, vt ſibi reſeruaret vſumfructum, *L.* 62. *D. de aedilitio edicto.* Qui contrariam fouent ſententiam, ad illam amplectendam commouentur per ea, quae de remiſſione cautionis, ateſtatore facta, aeque ac de cautione, in quaſi vſufructu facienda, legibus ſunt ſancita; neque ſolum inter illos numeramus Io. SCHILTERVM, *praxi iuris Romani ex.* XVII. ANDR. GAILIVM, *libr.* II *obs.* 46. HVG. DONELLVM, *libr.* X. *comment. iuris ciuil. cap.* 4. ſed quoque eos, qui cautionem loco proprietatis eſſe, quaſi in vſufructu, adfirmant cum GERH. NOODTIO, *libr.* I. *de vſufructu cap.* 9. ac Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIO, *compend. digeſtor. libr.* VII. *tit.* V. §. 2. veritatem autem huius propoſitionis perſpiciunt SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſ. libr.* VII. *tit.* V. *quaeſt.* 2. p 521. ac IVL. AVG. PHIL. KLIPSCHIVS, de *remiſſione cautionis vſufructuariae*, Lipſ. CIↃIↃCCLVI. §. XV. quibus Io. HARPRECHT-

TVS ad §. 2. *I. de vſufructu*: ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VIII. *controu. cap.* 43. ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad inſtit. libr.* II. *tit.* IV. *num.* 2. et *ſelectar. quaeſtion. libr.* I. *cap.* 29. ac LAVTERBACHIVS, *loc. laudat.* ſunt iungendi.

§. XXI.

Si quis heredi inſtituto quosdam ſubſtituit, illi tamen omnium bonorum reliquit ad dies vitae vſumfructum, cautionem remittere ei potest vſufructuariam.

Cautionem, quam exſpectare poteſt fideicommiſſarius a herede fiduciario, remittere poteſt teſtator, quemadmodum clare conſtat ex L. I. *pr. D. vt in poſſeſſionem legatorum*; cautio autem, quam hoc caſu remittit teſtator, eſt fideicommiſſaria, propterea quod heredis inſtitutio tali modo facta reuera eſt fideicommiſſaria. Placet id ZACH. HVBERO *quaeſt. for. de caſibus enucleat. quaeſt.* 9 *cap.* II. §. 11. et DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedencken, tom.* II. p. 315. aliam vero ob remiſſionem cautionis vſufructuariae interdictam fouent ſententiam IO. VOETIVS, *ad tit. Dig. de vſufructu*, §. 12. et CHRIST. THOMASIVS, ad *Huber. tit. de hered. inſtitut.* §. 10.

§. XXII.

Quodcumque praedium est aedificium, illud est praedium vrbanum; quodcunque vero aedificiis vacuum, praedium vocatur rusticum.

1) Notionem praediorum, quam hac ratione nobis formamus, recte ſeſe habere, patet ex §. I. *I. de ſeruitut.* qua imperator clare dicit, omnia aedificia adpellari

lari praedia vrbana: immo iurisconsultus in L. 1. *D. comm. praed.* vsque eo progreditur, vt nequidem ea aedificia excludenda esse statuat, quae in villa sunt aedificata. Neque minus id constat 2) ex L. 3. *D. de seruit.* qua seruitutes praediorum alias in solo; alias in superficie consistere traditur, et sub his vrbanae; sub illis autem rusticae intelliguntur. Tandem 3) ex natura seruitutum, quae in rusticorum praediorum earumque, quae in vrbanorum scribuntur censum. clare videmus, quum omnis seruitus tigni immittendi, oneris ferendi, proiiciendi, sine discrimine est seruitus vrbana, quamuis ea de quouis aedificiorum genere sit intelligenda. Haec sunt argumenta *V. C.* Io. Christoph. Kochii, diss. *de praedio vrbano et rustico*, Ienae cIↃIↃCCLVII. quibus sententiam hanc, ab Arnold. Vinnio, *libr.* I. *quaest. iur. select. cap.* 30. et *comm. ad instit. libr.* II. *tit.* III. Gerh. Noodtio, *comment. ad pand. libr.* VIII. *tit.* 3. Reinh. Bachovio *in comm. ad inst. libr.* II. *tit.* III. adprobatam tuetur; contrariam autem in sententiam ob *L.* 2. *D. de seruit. praed. rust.* secundum quam seruitus est rustica, licere altius tollere et officere praetorio vicini; siue aedificio, quo villae dominus, quando rure est, habitat; porro ob L. 4. §. 1. et 7. *D. in quibus caussis*: *L.* 198. *D. de V. S.* ac *L.* 1. *D. de rebus eorum, qui sub tut.* discedunt Io. Gottfr. Schaumburgius *compend. digest. libr.* VIII. *tit.* 1. p. 212. Wolfg. Ad. Lauterbachius *coll. theor. practic. tom.* I. *libr.* VIII. *tit.* 1. p. 648. cum aliis.

§. XXIII.

In seruitute oneris ferendi dominus praedii seruientis refectionem pacto suscipere potest; ipsa vero seruitus eam haud continet.

Prius in dubium haud vocabitur. quum id aperte iubent *L.* 33. *D. de S. P. V*, *L.* 6. §. 2. *et L.* 8. *D. ſi ſeruitus vindicetur;* ſed eadem ratione clarum facere poſſumus poſterius huius propoſitionis membrum, videlicet ipſam ſeruitutem dare haud poſſe domino ius, ab altero refectionem parietis poſtulandi. 1) Conſtans erat regula, ſeruitutem in faciendo haud conſiſtere L. 15. §. 1. *D. de ſeruitutibus L.* 6. §. 2. *D. ſi ſeruitus vindicetur.* 2) Ex hoc principio aliis de ſeruitutibus colligunt iurisconſulti, in illis dominis ſeruitutum incumbere refectionem. Non ſolum id diſcimus ex *L.* 11. *D. commun. praed.* ſed quoque ex eo, quod qui tigni immittendi habet ſeruitutem, ille etiam parietem reficere debet, obſeruante *L.* 8. §. 2. *D. ſi ſeruitus vindicetur.* Neque aliud dicendum eſt de eo, cui debetur ſeruitus itineris. Eum debere, ſi ire nequeat, fodiendo, ſubſtruendo id facere, videmus ex *L.* 10. *D. de ſeruitutibus.* Eamdemque ob rem tradunt iurisconſulti, dominum ſeruitutis actione confeſſoria vti poſſe aduerſus eum, qui impediat; quo minus reficere poſſit praedium, *L.* 4. §. 5. *D ſi ſeruitus vindicetur.* Caue vero exiſtimes, ſeruitutem oneris ferendi a reliquis eſſe excipiendam. Non exſtat lex, quae obligationem reficiendi, cum ſeruitute oneris coniunctam eſſe generatim dicit. In *L.* 33. *D. de S. P. V.* eo de caſu eſt ſermo, in quo inter partes conuenit, *parietem, vt nunc ſit, ita eſſe* et *L.* 6. §. 2. *D. ſi ſeruitus vindicetur* eadem ratione ſingulari de ſpecie loquitur. Diſſentiunt ob memoratam *L.* 33. §. 1. *D. de S. P. V.* GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm iur. ciu exerc.* XIII. *theſ.* 9. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* VIII. *tit.* II. p. 642. SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. ff. de ſeruit. praed. ruſt.* § 3. GERH. NOODTIVS, *tom.* II. *oper.* p. 214. SAM. COCCEII, *iur. contron. libr.* VIII. *tit.* I. *quaeſt.* II. auctor *theatr. ſeruitutum,*

Digitized by Google

tutum, tit. v. §. 2. p. 126. Io. Tob. Richter, *de domino ſeruiente, ad praedii refect. obligat.* Lipſ. cIↃIↃCCLIII. atque Ern. Christ. Westphal., *de libertate et ſeruit. praedior. ſect.* III. *cap.* 19. p. 380.

§. XXIIII.

Seruitus altius tollendi domino praedii dominantis facultatem a vicino, vt aedes ſuas altius aedificet, petendi haud tribuit. Neque ei ius, vicini lumina obſcurandi dat; nec in eo consistit, quod qui illam habet, alterius aedibus quidquam imponere poſſit.

Quod ad primam pertinet ſententiam, 1) ſeruitus in faciendo conſiſtens, haud valet. Ad faciendum quid obligatus eſſet dominus praedii ſeruientis, cui neceſſitas impoſita eſſet, aedes ſuas altius tollendi. 2) Neceſſe eſt, vt vtilis ſit praedio dominanti, quemadmodum alibi eſt monſtratum; eiusmodi ſeruitus non vtilis foret domino ſeruitutis. 3) Seruitutem noſtram tantum permittere; non autem iubere altius aedes tollere, ex *L.* 2. *D. de S. P. V.* clare patet. Quum, qui eam fouent, ad L. 17. §. 1. *D.* ac 35. *D. de S. P. V.* prouocant: eadem ratione ſecundam opinionem amplecti haud poſſumus, quum quod naturali ex libertate nobis licet, per ſeruitutem adquirere haud poſſumus; quilibet autem vicini aedes obſcurare poteſt. Conſtat id non ſolum ex eo, quod vicinus, qui id impedire vult, ab altero *ſeruitutem, ne luminibus officiatur*, ſtipulari debeat; ſed etiam ex *L.* 9 *D. de S. P. V.* qua negatur, cum eo, qui tollendo obſcurat alterius aedes quibus non ſeruiat, eſſe actionem. Quoniam denique diſtinguitur ius a ſeruitute oneris ferendi atque is, cuius aedibus alter quidquam imponit, eius onus reuera fert, neque in eo conſiſtere altius tollendi ſeruitutem, rite ſtatuimus. Diſſentiunt Barth. Car-

POLLA *de seruitut. cap.* 26. *num.* 17. Io. SCHNEIDEWIN, ad §. 1. *I. de seruit. num.* 17. Io. SCHILTERVS, *exerc.* XVIII. §. 12. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *const.* 41. *def.* 13. ALEX. ARN. PAGENSTECHERVS, in *not.* ad *Lauterbachium, manip.* 3. p. 70. Io. VOETIVS, *comm. ad dig. de seruitut.* §. 5, ac RENATVS CAROLVS, L. B. DE SENCKENBERG *meditat. iuridico historicar. spec.* I. p. 1. sqq. sed refutant eos hoc nomine Io. CORASIVS, *miscell. iur. ciuil. libr.* III. *cap.* 25. p. 258. et V. C. Io. HENR. CHRIST. DE SELCHOV, diss. *de seruitute altius tollendi, cap.* II. §. 45. sqq. quae in eius *electis iuris Germanorum publicis et priuatis*, p. 1. sqq. exstat.

§. XXV.

Requirit potius memorata seruitus legem, altitudinem aedium in ciuitate vicinorum cauſſa definientem.* Ei si renunciat vicinus alterique, altius aedificandi, dat libertatem, tunc locum habet seruitus altius tollendi.

Id ex eo patet, quod 1) vbi nulla adest lex, vsque ad coelum aedes tollere liceat L. 1. *D. de S. P. V. L.* 8. *C. de seruit.* 2) seruitus altius tollendi nihilominus domino seruitutis det facultatem altius aedificandi, *L.* 2. D. *de S. P. V.* §. 2. *I. de act.* atque 3) eo accedit, Romae tales leges, altitudinem aedificiorum terminis circumscribentes, non incognitas fuisse, vti monstrat BARN. BRISSON *libr.* I. *sel. antiqu. cap* I. et Io. GEORG. ESTOR *de altitudine aedium Romanar.* Lipsiae CIↃIↃCCXXXVI. Cum illo consentiunt SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* VIII. *tit.* 11. p. 526. GEORG. AD. STRVVIVS, eiusque interpres, PETR. MVLLERVS, *synt. iur. cin. ex.* XIII. *thes.* 12. *tom.* I. p. 801. ERN. CHRIST. WESTPHAL. *de libertate et seruitut. praed. sect.* III. *cap.* XIX. p. 391.

Io.

Io. HENR. CHRIST. DE SELCHOV, *loc. memorat* ac plerique iurisconsulti; verum tamen praeter eos, qui vnam vel alteram coniecturarum supra prolatarum defendunt, quos-que iam nominauimus, aliter sentiunt: ANT. FABER, *libr.* XVIIII. *coniect. cap.* 15. OSWALD. HILLIGERVS, *in Do-nell. enucl. libr.* XI. *cap.* 5. MARC. LVCKLAMA a NYE-HOLT *membranar. libr.* VII. *eclog.* 28. p. 266. et qui eum sequutus est, AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCCLXII. cum aliis. Praeter eos hac de seruitute disseruerunt: ANT. FABER, *libr.* XVIIII. *coniect. cap.* 16. GOTTFR. LVD. MENCKE, *non dari seruitutem altius tollendi*, Vitebergae cIↃIↃCCXXIV. CHRIST. LVD. CRELL *de seruitute altius tollendi, in vsucap. libertatis consistente*, Vitebergae cIↃIↃCCXXXIII. GOTTFR. STRAVSSIVS, *de seruitute altius tollendi*, Lipsiae cIↃIↃCLXII.

§. XXVI.

Versus vicini aream domino in pariete suo fenestras aperire licet; nisi aliud statuto; vel pactis est introductum.

1) Dominum in fundo suo omnia arbitrio suo facere posse, regula est. 2) Qui fenestras versus vicini aream aperit, per id nondum quid in eam immittit. Videmus hoc ex eo, quod versus loca publica et religiosa fenestras aperire licitum; in ea autem immittere quid, sit vetitum, *L.* 2. §. 20. D. *ne quid in loco publ.* nec adsentimur veteri philosopho apud CVIACIVM, *libr.* 1. *obs. cap.* 31. qui nihil interesse credidit, vtrum oculi; an pedes alienam in domum immittantur. 3) Requirit PAVLLVS *L.* 40. D. *de S. P. V.* tantum de iis, qui fenestras facere volunt in communi pariete, eos debere habere ius immittendi lumina ac per id tacite declarat, illud non opus esse iis, qui propriis in parietibus lumina aperiunt. Male itaque hunc locum conuertit CONSTANTINVS HARMENOPVLVS, *libr.* II. *epitom. tit.* IV. *num.* 41.

Dis-

Diſſentiunt noſtraeque ſententiae opponunt, quod nemo quis debeat alteri facere iniuriam ac ſi libertas naturalis alicui facultatem concederet, feneſtras aperiundi, non opus ſit ſeruitute, cuius mentio fieret *L.* 4. 15. ac 16. D. *de ſeruitut. praed. vrbanor.* ac ſimul ad *L.* 40. D. *de S. P. V.* ac *L.* 8. *C. de ſeruitut. et aqua* prouocant IAC. CVIACIVS, *libr.* XI. *obſ. cap* 31. FRANC. DVARENVS *libr.* I. *diſp. cap.* 33. FRANC. HOTTOMANNVS, *libr.* II. *amic. reſponſ. cap.* 31. ſed nobiscum faciunt BENED. CARPZOV. *libr.* II. *conſt.* 41. *def.* 12. GEORG. AD. STRVVIVS *de aediſic. priuat. theſ.* 32. CHRIST. LEONH. LEVCHT, *de iure feneſtrar. cap.* 11. §. 8. ſqq. p. 15. Io. BALTH. WERNHER, *part.* X. *obſ.* 500. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *tom.* I. *obſ.* 196. et FERD. AVG. HOMMELIVS, *rhapſ. obſ.* XXXIII.

§. XXVII.

Etsi actus non ſolo iure agendi iumentum abſoluatur; ſed ius quoque comprehendat agendi vehiculum; ea tamen illius est natura, vt non omnia vehiculorum genera eius dominus in praedio ſeruiente ducere poſsit; ſed leuiora ſaltem sint adhibenda atque reliquis ei tantum vti permiſsum sit, qui habet ſeruitutem viae.

Duobus membris, aeque controuerſis, conſtat haec propoſitio. Quod ad prius attinet, conſtat hoc ex VLPIANO, *L.* 1. D. *de ſeruit. praed. ruſticor.* IVSTINIANO, *pr. I. de ſeruit.* ac THEOPHILO *paraphr. inſtitut. tom.* I. p. 265. ed. REITZII: neque vero minus poſterius extra omnem dubitationem eſt poſitum. Concludimus hoc partim ex PAVLLO, *L.* 7. *D. de* S. P. *R.* vbi ſolum ei, cui competit actus, plauſtrum ducere permittit; partim ex diſcrimine ſpatiorum, quae ad actum aeque ac viam requiruntur, teſtibus FESTO, voc. *actus*: Isi-

Isidoro *libr.* xvi. *orig. cap. vlt.* Caio, *L.* 8. D. *de ſeruitut* ac Iavoleno *L.* 10. D. *h.* 8. merito tamen monemus, iurisconſultos haud hac in re conſentire. Licet plerique doctores in priori membro propoſitionis nobiscum conſentiant, idque, quod tradidi, inprimis expoſuerit Avg. Frid. Schottvs, *de vero actus et via diſcrimine*, in eius *opuſculis*, p. 231. omnes ii, qui lectionem *L.* 1. D. *de ſeruit. praed. ruſticorum* cum Franc. Hottomanno *libr.* II. *obſ. cap.* 7. et Aeg. Menagio, *amoenitat. iuris ciuil. cap.* 36. improbant, ſecundum eam lectionem, quam ſibi fingunt *), diſſentiunt. Eadem ratione

*) Mirum eſt, quodnam tempus iurisconſulti critici conſumſerint in emendanda L. 1. *D. de S. P. R.* Referenda eſt ſine omni dubio ea inter pauca loca, quibus librarii illi, qui codicem deſcripſerunt Florentinum, peccarunt, quum verba ſequentia: *nam et iter et actum et ſe via continet*, vt ibi exhibentur, reuera ſenſum haud habent; vel minimum loquendi rationi non ſunt adcommodata. Notata eo nomine iam ſunt a Theodor. Marcilio, *interpretament. legis* XII. *tabular. cap.* LII. *tom.* IV. *theſ. iuris Romani* Everard. Ottonis, p. 274. Omnino hoc quoque attentionem Lael. Tavrelli excitauit, qui in margine notauit loco, *et* potius legendum eſſe *in*. Conſpirat cum ipſo Cornel. van Bynkershoeck, *obſervat. iuris Romani*, *libr.* IV. *cap.* VII. atque obſeruat, ita lectionem quoque in libro manu exarato, quem poſſedit, deprehendi: immo ſtatim quoque adparet ex *pr. I. de ſeruient.* quod eadem verba Iuliani ita profert: *via eſt ius eundi, et agendi et ambulandi, nam et iter et actum via in ſe continet.* Verum enim vero hac in re haud adquieſcunt prudentes. Quoniam via, ſecundum ea, quae de illa in memorata lege traduntur, nihil aliud amplius continere videatur; quam quod iam in actu deprehenditur, vbi Vlpianvs ait: *via eſt ius eundi, et agendi et ambulandi*: Franc. Codnanvs primus fuit, qui *com. iuris ciuil. libr.* IV. *cap.* II. in locum *eundi* ſubſtitueret *vehendi*, hocque nomine ad auctoritatem veteris prouocaret libri. Sequutus eum eſt Hvgo Donellvs, *com. iuris ciuil. libr.* XI. *cap.* 6. Hvgo Grotivs *florum ſparſ. ad pr. inſtit. de S. P. R.* neque mi-

tione in altera quaestione, quam in medium protulimus, ANTON. FABER, *libr.* I. *coniectur. cap. vlt.* THEOD. MARCILIVS *not. ad princip. institut. de seruit.* p. 186. ed. IO. VAN. DE WATER, FRANC. CONNANVS, *commentar. iur. ciuil. libr.* IV. *cap.* II. atque ARNOLD. VINNIVS, *commentar. ad instit.* p. 227. a nobis prorsus dissident.

Quum

minus hanc emendationem probat BYNKERSHOECKIVS *l. loc. mem.* AVGVST. autem FRID. SCHOTTIVS illam prorsus loco supra excitato reiicit ac simul ad auctoritatem BACHOVII, LYCKLAMAE, VINNII, MENAGII ac NOODTII, idem sentientium prouocat. Tandem FRANC. HOTTOMANNVS non minus quidquam conferre studuit ad emendationem eiusdem legis. Si ea sequimur, quae hac de re tradunt REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. disput. vol.* I. p. 665. ac *comm. ad inst. tit. de seruit. vrsi. et vrb. praed.* §. 2. AEG. MENAGIVS, *amoen. iuris ciuil. cap.* XXXVI. CORNEL. VAN BYNKERSHOECK *obseru. iuris Rom. libr.* IV. *cap.* 7. ac SIG. REINH. IAVCHIVS, *de negat. pandectar. cap.* XIIII. p. 204. vsque eo processit audacia HOTTOMANNI, vt definitionem actus, quae hac in lege contineatur, ita formatam esse putet: *actus est ius agendi; vel iumentum; vel vehiculum*; sed hoc haud concedere vult SCHOTTVS atque iniuriam manibus HOTTOMANNI fieri putat, ab iis, qui ipsi hanc adfingunt coniecturam; extra tamen dubitationem est positum, eumdem in locum *iumentum libr.* II. *obs. iuris Rom. cap.* 7. ac *comm. ad instit. tit. de seruitut. praed. rusticor. et vrbanor.* substituisse armenta ac delendam quoque censuisse in distinctione viae voculam *ambulandi* ea ratione, vt in locum illius substitueret *anehendi*. Neutra harum coniecturarum multis placuit; neque mihi placet quumque differentia inter viam aeque ac actum, mea quidem ex sententia, satis euidenter ideo indicatur, quod in eius definitione iuris vehendi generatim mentio fiat: quid autem vehatur in actu, definiatur huius in descriptione ac sine ratione grauissima emendatio legis haud sit concedenda, merito in verbis legis nostrae, quae codice Florentino exhibentur, adquieſcimus; vbi vero ad omnes has coniecturas haud respicere possumus, merito quoque ea lex ad firmandum prius membrum propositionis nostrae omnino inseruit.

Quum argumenta, quibus coniecturam ſuam muniunt, partim ex *pr. I. de ſeruit.* partim ex *L. 4. D. de ſeruit.* ac ex *L. 11. pr. D. quemadm. ſeruit. amittantur* capiunt, reliquos idem ſtatuere, quod protulimus; ea tamen ratione, vt inter ipſos haud conueniat, quaenam genera curruum pertineant ad actum, certum eſt. Breuitatis cauſſa lectores ablegamus ad Io. ROBERTVM, *ſent. iur. libr.* IV. *cap.* 5. CORNEL. VAN BYNKERSHOEK *libr.* IV. *obſ. iur. ciuil. cap.* 7. PETR. DE TOVILLIEV. *obſeruat. cap.* 1. p. 8. Io. DAN. RITTERVM *de differ. itineris, actus et viae tom.* II. *editionis Theophili Reitzianae*, p. 1226. AVG. FRID. SCHOTTVM, *loc. citat.* ERN. CHRIST. WESTPHALIVM *loc. memor.* et ea, quae diſſ. *de actu minus pleno*, Ienae CIↃIↃCCLIX. diſſeruimus.

§. XXVIII.

Praeſcriptio ſeruitutum adquiſitiua iuſtum requirit titulum.

Colligimus illud merito partim ex *L.* 12. *C. de praeſcript.* partim ex *L.* 2. *C. de ſeruitut.* quae ea, quae alia de adquiſitiua cauta ſunt ſeruitute, ad iſtam quoque adplicanda eſſe cenſet. Qui aliud ſtatuunt, inprimis prouocant ad *L.* 10. *D. ſi ſeruitus vindicetur*, vbi neceſſe eſſe negatur de iure, ſi quis diuturno vſu et longa poſſeſſione aquae ducendae ius nactus ſit, ac cum illa coniungunt *L.* 1, *in. fin. D. de aqua pluu. arcenda* ac *L.* 2. *C. de ſeruitut.* nec non *L.* 14. *D. de ſeruit.* In his ſunt HENR. HAHNIVS ad *Weſenbecium*, *tit. dig. de ſeruitut.* §. 5. Io. ERN. IVST. MVELLERVS, *obſeruat. ad Leuſer. vol.* I. *faſc.* II. p. 302. atque auctores *der Meditat. über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* I, *faſc.* II. p. 302. ſed nos ſequimur caſtra Io. BALTH. WERNHERI *part.* III. *obſ.* 73. Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER, *in den*

Wet-

Wezlarischen Nebenstunden, tom. XII, *num.* 3. AVG. LEYSER, *spec.* CX, *med.* 4.

§. XXVIIII.

Quemadmodum discontinuae aeque ac continuae seruitutes praescriptione adquiri possunt; ita ad neutrum earum genus adquirendum immemorialis requiritur; sed ad discontinuas quoque longi temporis praescriptio sufficit.

Prius quum nemo iurisconsultorum adhuc in dubium vocauit: id, quod de seruitute discontinua statuo; siue membrum posterius clare 1) constat ex *L.* 10. *pr. D. si seruit. vindicetur.* Ibi est sermo de iure, aquae ducendae, quae est discontinua: claris autem verbis tradit, eam diuturno vsu et longa quasi possessione adquiri posse 2) Quaecunque seruitutes a praescriptione ordinaria haud excluduntur, illae hac adquiruntur, propterea quod iurisconsultum haud distinguere decet, vbi lex non distinguit; iure autem excludi seruitutes tales a praescriptione ordinaria, merito negatur. 3) Vbi perpetua seruitutis causa, ibi locum habet praescriptio ordinaria: illa autem etiam locum habet in praescriptione discontinua. Qui immemorialem requirunt praescriptionem, ideoque contrariam fouent sententiam, argumenta sua petunt partim ex aequitate; partim ex *L.* 14. *pr.* D. *de seruitut. L.* 1. §. 23. *L.* 2. *D. de aqua et aqua pluuia arcenda* ac *L.* 3. §. 4. *D. de aqua quotidiana et aestiua.* Inprimis controuersa haec fuit propositio. Antiquiores immemorialem, fere omni delectu remoto, requirebant. PAVLL. CAEPOLLA, *de seruitut. cap.* 10. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs. cap.* 66. DIDAC. COVARRVVIAS, *libr.* 1. *var. resolut. cap.* 17. Io. MYNSINGER, *cent.* IV. *obs.* 53.

ANDR.

ANDR. OCKEL *de praescript. immemoriali*, *cap.* VI. §. 4. et 5. atque ERN. COTHMANNVS, *vol.* IIII. *resp.* I. his ex recentioribus accesserunt SAM. STRYCK, *tract. de act. sect.* III. *membr.* II. *act.* I. IO. VLRIC. L. B. DE CRAMER, *in denen Wezlarischen Nebenstunden*, *part.* XIV. *num.* 3. ac LEONH. HEINR. LVD. GEORG. DE CANNEGIESSER *decis. summi prouocat. senatus Casselani*, *tom.* I. *decis.* 9. Tuetur quoque sententiam hanc summum imperii, quod Wetzlariae floret, tribunal, obseruanto CRAMERO; nihilo tamen minus magna iurisconsultorum cohors nostrae fauet sententiae, in quibus HVG. DONELLVM, *libr.* XI. *comm. cap.* XI. ARNOLD. VINNIVM, *libr.* I. *sel. quaest. cap.* 31. FRID. ES. PVFENDORFIVM, *obs. iuris vniu. tom.* I. p. 67. DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedencken*, *Theil* II. p. 22. IO. BALTH. WERNHERVM, *part.* II. *obs.* 245. IAC. RAVE, *princ. doctr. de praescript.* §. XXI. ac FRID. BEHMERVM, *iur. controu. tom.* I. p. 190. nominasse sufficiat.

§. XXX.

Seruitutes, omni delectu ac discrimine remoto, solo non vsu pereunt.

1) Iustinianus *L.* 13. *C. de seruitut. et aqua* tam de seruitutibus personalibus; quam de realibus tradit, eas non vsu perire et solum aliud temporis spatium definit, per quod non vsus durare debuit, vbi producere possit interitum seruitutum hocque 2) *L.* 14 *C. eiusd. tit.* repetit. Qui distinguunt inter seruitutes simplices et qualificatas, reuera idem; aliis tamen proferunt verbis, propterea quod, quam diu opus ad exercitium seruitutis manu factum nondum est destructum, vsus illius continuatur; neque non vsus incipit; mihi vero omnes ii, qui vsucapionem libertatis praesertim ad exstinctionem

ſeruitutis realis, iuſtum titulum bonamque requirunt fidem. Prouocant eamdem ob cauſſam ad *L.* 6. et 7. *C. de S. P. V.* ac *L.* 8. §. 2. *D. de S. P. R.* hasque recentiori tempore abrogatas eſſe negant: immo vſucapionem in omnibus ſeruitutibus *L.* 13. *C. de ſeruitut. et aqua* introductam eſſe opinantur. Inter hos aduerſarios iurisconſultos referimus magni nominis, videlicet IAC. CVIACIVM, *libr.* XXVII. *obſeruationum*, *cap.* 14. M. AVREL. GALVANVM *de vſufructu*, *cap.* XLI. *num.* 5. EVERARD. OTTONEM, *diſſ. de vſucap. ſeruitut. cap.* 1. §. 13. ERN. CHRIST. WESTPHALIVM, *de libertate et ſeruitut. praediorum*, *ſect.* III. *cap.* XXX. §. 902. AVG. LEYSERVM, *ſpec.* CX. *med.* 4. ac FRID. ESAI. PVFENDORFIVM, *obſ. iuris vniuerſi*, *tom.* III. *obs.* CLXXXVIII. p. 502. Noſtram quum communis doctorum tradit ſchola, eorum mentione merito ſuperſedeo ac ſolum addo, illam haud ita pridem ARNOLD. ANDR. FRID. MALLINKROTT, *diſſ. de praeſcriptione ſeruitutum exſtinctiua*, eleganter exarata, Ienae, CIↃIↃCCLXXXVIII, contra dubia, a ſupra memoratis viris prolata, ſtrenue defendiſſe.

§. XXXI.

Si ſeruitus ita est comparata, vt alternis annis; ſeu mensibus exerceatur, praeſentiae; vel abſentiae ratio haud habetur; ſed non vſuper viginti annos indistincte expirat.

Quum *L.* 7. *D. quemadm. ſeruitus amittatur* haud diſtinguit, vtrum praeſens; vel abſens is ſit, qui ſeruitute, quae ipſi competit, haud vtitur; ſed generatim duplicato tempore eam amitti, pronunciat: nec iurisconſultus eius rei rationem habere debet. Idem profert IVSTINIANVS, *L.* 14. *C. de ſeruitut.* aduerſarii autem ea, quae generatim de praeſcriptione contra abſentem cauta ſunt,

sunt, hoc loco adplicari posse putant eamdemque ob caussam quidem concedunt, eiusmodi seruitutem intra viginti annos exspirare, si praesens fuit, cui competeret seruitus; vbi autem ille absens fuerit, prius haud amitti statuunt illam quam si praeterlapsi fuerint quadraginta anni hocque nomine ad *L. 7. D. quemadm. seruit. amitt.* ac *L. fin. C. de seruit.* prouocant. Ex his nomino MATTH. WESENBECIVM *ad tit. dig. quemadm. seruitus amittat, num.* 6. et VLRIC. HVBERVM *praelect. iuris ciuil. part.* II. *libr.* VIII. *tit.* V. *num.* 6. Sed nobiscum consspirant HENR. HAHNIVS *ad Wesenbecium, cit. loco* GEORG. AD. STRVVIVS *syntagm. iuris ciuil. ex.* XIII. §. 57. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* III. p. 187.

CAPVT QVARTVM
DE
HEREDITATIBVS.
MEMBRVM PRIMVM
DE
TESTATORIBVS.

---

§. I.

Non inuenimus in iure definitionem testamenti adcurate formatam.

Tres nobis exhibentur definitiones in iure, quum VLPIANVS, *fragmentor. tit.* XX. §. I. in *iurisprudentia Anteiustinianea* ANT. SCHVLTINGII, p. 626. testamentum

mentis noſtrae iuſtam conteſtationem, in id ſolemniter factam, vocat, *vt poſt mortem noſtram valeat:* SERVIVS SVLPICIVS teſte GELLIO *libr.* VI. *noct. Atticar. cap.* 12. atque ex eo IVSTINIANVS, *pr. I. de teſtament.* teſtamentum adfirmat *teſtationem eſſe mentis;* MODESTINVS autem *L.* 1. *D. de teſtament.* ſcribit, *teſtamentum eſſe voluntatis noſtrae iuſtam ſententiam, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit;* ſed neutra harum definitionum rite eſt formata. Eam, quam SVLPICIVS inuenit, et ob quam riſu eum dignum iudicauit GELLIVS *loco cit.* definito ſuo, vt aiunt, multo latiorem eſſe, nemo negabit. Idem adfirmandum a nobis eſt ea de notione, quam teſtamento ſubiicit VLPIANVS, quum teſtamentum cogitare haud poſſumus; niſi fiat de hereditate, quam quis poſt mortem reliquit; conteſtatio autem de aliis quoque peragi queat eamdemque ob cauſſam etiam librum, quem quis, vt poſt mortem quoque adhuc ad conſeruandam ſui memoriam valeat nomenque auctoris poſteris commendet, edit; vel aliud monumentum, quod ſit perenne, ex iſta ſententia vocare liceat *teſtamentum*, ſiquidem non minus; quam vltima voluntas ſit mentis noſtrae iuſta conteſtatio, in id ſolenniter facta, vt poſt mortem noſtram valeat. Tandem accedimus ad definitionem, quam MODESTINO debemus. Idem mendum in iſta reperimus. Quum id, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit, haud determinatur ac nonnunquam mandatum quoque committi poteſt, *quod quis poſt mortem demum ſuam fieri velit*, omni iure talia mandata, ſi ſecundum normam legum ſint data, in teſtamentorum numerum referre poſſumus. Quodſi vero quoque ſolius hereditatis terminis circumſcribere liceret, quod quis poſt mortem fieri velit; peccat iuriſconſultus, quod ſolum de eo iuſtam debere eſſe ſtatuit ſententiam. Iuſtum, ſi innumera legum loca, quibus

voca-

vocabulum hoc occurrit, euoluamus, quaeue magna cum diligentia congeſſit BARNAB. BRISSON, *de verb. ſignificat.* p. 687. ed. HEINECCII, haud pro ſollenni accipitur, ſed partim id, quod eſt aequum; partim, quod eſt legibus conforme, denotat. Cognoſcimus id ex ipſo VLPIANO, qui in definitione ſua *ſollenne* a *iuſto* diſtinguit; nonne autem codicilli non minus ſint ſententiae legibus conformes et aequae, de eo, quod quis poſt mortem fieri velit? Si autem 3) ponamus, iuſtam ſententiam hoc loco eam eſſe, quae ſit ſollemni modo declarata, haud quadrat definitio ea ad teſtamenta, quae ſint minus ſollemnia. Falluntur itaque, qui vnam; vel alteram harum definitionum defendere ſe poſſe putant cum DOM. ARVMAEO, *exerc.* VII. *theſ.* 2. EVER. BRONCHORSTIO, *centur.* II. *miſcell. aſſert.* 8. PETR. MVLLERO, *exerc.* XXXII. *theſ.* 4. p. 628. ANT. SCHVLTINGIO, *iurisprud. Anteiuſt.* p. 627. ARNOLD. VINNIO, *comm. ad inſtitut. tit. de teſtam.* p. 312. EV. OTTONE, *comm. ad inſtit.* p. 140. atque aliis.

§. II.

Si impubes intellectus est capax, ei princeps per diſpenſationem concedere potest testamenti factionem.

Quum ex ſententia iuris ciuilis omnis ille impubes eſt, qui vltimum diem quarti ac decimi anni non compleuit, contra ille, qui vnicum ſaltem diem poſt hunc terminum ſuperuixerit, in puberum cenſum venit: immo feminae, quae duodecim annos ſunt natae, puberes declarantur, quilibet videt, dari impuberes, qui ſunt intellectus capaces: dari quoque, qui eum haud habent. His princeps teſtamenti factionem permittere nequit; iure tamen illis, propterea, quod 1) ratio, cur

hi teſtamentum haud condant, non in defectu intellectus ſit quaerenda; ſed ſola in voluntate principis legibus declarata, a qua merito recedere poteſt. Quodſi denique 2) princeps patri ſubſtitutionem permittere poteſt iis in caſibus, quibus ipſi ordinarie haud eſt licita *L.* 43. *D. de vulg. et pup. ſubſtit.* etiam ei teſtamenti factionem concedere poteſt, cui illa ex iure ciuili non competit. Diſſentit ob ius quaeſitum, quod princeps auferre videtur heredi ab inteſtato, quum impuberi concedit teſtamenti factionem SAM. STRYCKIVS, diſſ. *de cautel. teſtamentor. cap.* 3. ſed nobiscum conſentiunt Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 5. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* NIC. REVSNERVS *de teſtam. part.* II. *concluſ.* V. *num.* 35. AVG. GOTTL. PETERMANN, *de teſtament. impub.* Lipſ. CIↃIↃCCLIII.

§. III.

Pater coecus inter liberos modo ſollemni teſtandi neceſsitate est haud adstrictus.

Quum 1) leges a patre, cui, minus ſollemniter teſtari, permittunt, haud requirant, vt videat; nec iurisconſultorum eſt, patri coeco, vt ſollemni modo vltimam voluntatem declaret, imperare. Quum 2) coecus, qui parentum priuilegio haud fruitur, ordinario numero teſtium vnicum ſaltem addere debet, ſecundum *L.* 8. *C. qui teſtament. facere poſſunt:* magis grauandus haud eſt pater, qui vitio hoc laborat; ſed reuera id accideret, vbi ipſum, dum teſtamentum condere velit, octo teſtes adhibere oporteret, cui alioquin coram duobus teſtibus teſtari liceret. Aliud ſtatuunt, quoniam generatim coeco coram octo teſtibus teſtari, permittere videatur *L.* 8. *C. qui teſt. facere poſſunt* haecque legibus de teſtamentis patris inter liberos ſit iunior, Io. HENR. BERGER-

GERVS, *oecon. iuris*, p. 364. et ANDR. FLOR. RIVINVS, *dissertat. supra laudata*: nobiscum autem consentiunt CHRIST. PHIL. RICHTERVS ad *L.* 8. *C. qui test. fac. poss.* Io. BRVNNEMANNVS ad *eund. leg.* AVG. LEYSERVS *spec.* CCCLXVII. *med.* 8. SAM. STRYCKIVS *cautel. testamentor. cap.* IV. §. 17. et auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. p. 314.

§. IV.

Irati testamentum valet.

Ira haud excludit intellectum; nec libertatem voluntatis hancque ob causam neque impedire potest; quo minus quis testamentum condere queat, idque eo minus, quum dudum animaduerterunt iurisconsulti, actiones irati voluntarias esse. Sententiam hanc pluribus argumentis defendit GEORG. FRID. DEINLINVS, *de testamento irati valido*, Altorfii CIↃIↃCCXLVII. *cap.* 2. illa tamen reprobatur certo modo a SAM. STRYCKIO, *de cautel. testamentor. cap.* III. §. 35.

§. V.

Filiusfamilias, qua talis, ne patre quidem consentiente, testari potest.

Propositio haec duo habet membra. Prius, quod filiusfamilias testari non possit, videmus variis ex argumentis. Nam 1) lex duodecim tabularum solam patrifamilias tribuit testamentifactionem, quae ex iure decemuirali descendit. 2) Ait imperator *pr. I. quibus non est permissum facere testament.* filiumfamilias inutiliter testari, si de eo, quod praeter peculium castrense et quasi castrense habet, vult testamentum condere. 3) Generatim interdicit testamenti factionem filiisfamilias *L. pen.*

pen. C qui teſt. fac. poſſ. Hoc quum certum eſt, eadem ratione poſterius membrum firmum manebit, patris conſenſum filio teſtandi facultatem largiri haud poſſe. Quae enim iuris ſant publici, ea priuatus alteri dare nequit. Accedit *L. 6. pr. D. qui teſtam. fac. poſſ.* Argumenta, quibus aduerſarii opinionem ſuam corroborant, petunt partim 1) ex eo, quod ea, quae iuris publici ſunt, habeat filiusfamilias ſecundum *L. 9. D. de his, qui ſui iuris ſunt* atque ſub his quoque comprehendatur teſtamenti factio *L. 3. D. qui teſtamenta facere poſſ.* 2) filiusfamilias careat ſolum teſtamenti factione in bonis, quorum vſusfructus parentibus competat: 3) ſecundum *nouell.* CXVII. *cap.* 1. §. 1. filio familias quocumque modo disponere liceat de peculio aduentitio irregulari ac 4) peculium extraordinarium caſtrenſi *L. 7. C. de bonis, quae liberis, L. 50. ad SC. Trebell.* ac *L. fin. C. de collat.* prorſus aequiparatur; partim ex *nouell.* XXII. *cap.* 26. Neque minus iidem iurisconſulti veritatem coniecturae ſuae concludere ſtudent ex facultate liberorum, mortis cauſſa donandi atque licentia teſtandi, cuius pater filiumfamiltias particípem reddit emancipatione. Inter iſtos aduerſarios numerandus eſt MARC. LYCKLAMA A NIEHOLT *membranar. libr.* VII. *eclog.* XXXIII. p. 297. ſed noſtrae ſententiae adhaeret GERH. Io. TERBRAACK, *diſſ. de teſtamento filii familias*, Groning. cIↃIↃCCLIV. cui accedunt Io. CHR. MVNCH, *de teſtamento filii fam.* Ienae cIↃIↃCLXXXIX. et DAN. NICOLAI *de filio fam. teſtatore*, Regiom, cIↃIↃCCIX.

§. VI.

Prodigus testamentum iure ciuili condere nequit.

1) Cum

Digitized by Google

1) Cum furioſo prodigus comparatur; ille autem teſtamenti factionem haud habet: prius conſtat ex L. 40. D. *de R. I.* 2) aperte teſtamenti factio prodigis interdicitur in §. 2. *I. quib. non eſt permiſſ. facere teſtam.* ac *L.* 18. *pr. D. qui teſtamenta fac. poſſ.* ea vero, quae Leo philoſophus *Nouell.* XXXIX. iuſſit, virtutem legis haud obtinent. Ita nos hac de re ſentimus: qui aliud ſtatuunt, ad *Nouell.* XXXIX. prouocant; neque minus argumenta ex eo petunt, quod interdictum bonorum ſolum in fauorem prodigi ſit introductum omnique ea prodigus ſuſcipere queat, quae conditionem ſuam meliorem reddunt, ſecundum *L.* 6. *D. de V. O.* ac *L.* 6. §. 2. *D. de iure patronat.* ideoque non mirum iuriſconſultos diuerſas diſceſſiſſe in ſententias, quod ſtatim adparebit, ſi euoluas IAC. CVIACIVM, ad *L.* 6. *D. de verb. obl.* OSWALD. HILLIGERVM, *in Donell. enucleat. libr.* VI. *cap.* 5. REINH. BACHOVIVM, *not. ad* §. 2. *I. quib. non eſt permiſſ. facere teſt.* BEN. CARPZOVIVM, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* 2. DAVID. MEVIVM, *comment. in ius Lubecenſ. libr.* II. *tit.* I. *art.* 1. p. 252. GEORG. PHILIPPI, *vſ. practic. inſtit. libr.* II. *tit.* XII. *eclog.* 52. Io. SCHILTERVM, *prax. iur. Rom. exerc.* XXXV. §. 36. ſqq. *tom.* II. p. 455. CASP. ACH. BECKIVM, *de vſu et auctor. nouell. Leonis*, §. 28. p. 96. et IVST. HENNING. BOEHMERVM, *conſult. et decis. iuris, tom.* II. *part.* I. *reſp.* IↃCXXXI. p. 933. Quum CHRIST. HANACCIVS diſſ. *ius teſtandi prodigo contra communem ſententiam adſertum*, Vitebergae CIↃIↃCCXXIV. iis adhaereret, quibus contraria opinio placet; ei ſeſe oppoſuit LVDOV. GOTTFR. MADIHN. diſſ. *de iure teſtandi prodigis fruſtra vindicato*, Hal. CIↃIↃCCLXXI. quibus addas, quae *progr. de teſtamento prodigi iure German. inualido*, Ien. CIↃIↃCCLIV. tradidimus.

§. VII.

Testamentum a peregrinante secundum formam, legibus praescriptam, condi debet.

1) Quibus testatoribus sollemnitates, in testamentis alioquin obseruandae, non remittuntur in legibus, illi nec ab iis recedere possunt. Si 2) miles, vbi haud sit in expeditione, vel in castris degit, iure communi testari debet, vti patet ex *pr. I. de test. militari*: idem etiam alii peregrinantes facere debent. Si 3) peregrinantibus liceret testamentum minus sollemne condere, IVSTINIANVS rationem, cur inuenti sint codicilli, haud in peregrinationibus posuisset; sed clare scribit imperator, Trebatium illos suasisse Augusto, quod diceret, vtilissimum et necessarium hoc esse ciuibus propter magnas et longas peregrinationes, quae apud veteres fuissent, vbi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset, *pr. I. de codicillis* ac *L. vlt.* §. 1. *C. de codicillis.* Tandem 4) *nouella* quidem *Leonis* XXXXI. aliud iubet; sed ea haud est recepta, vt recte monet IAC. CVIACIVS, *libr.* XVII. *obs. iuris Romani cap.* 32. Aliud ex priuilegiis, in iure nostro militibus ac rusticis testantibus concessis, deducere studeut: ANGELVS DE VBALDIS in L. *vlt. C. de testam.* ALEXANDER TARTAGNVS, ad L. *fin. C. de testam.* PAVLVS DE CASTRO ad L. 10. *C. comm. de succeff.* IAC. MENOCHIVS, *vol.* IV. *conf.* 351. *num.* 33. ERNEST. COTHMANNVS, *vol.* III. *resp.* 13. *num.* 37. DAVID. MEVIVS, ad *ius Lubecenf. part.* II. *tit.* I. *art.* 2. *num.* 19. ANTON. FABER, *in eod. libr.* VI. *tit.* V. *def.* 2. PETR. GREG. THOLOSANVS, *fynt. iur. ciuil. libr.* XLII. *cap.* 5. *num.* 18. ac FRANC. IOS. HARTLEBEN, *medit ad pand. vol.* I. *act.* 1. p. 162. sed nostram tuetur sententiam cum multis aliis

SAM.

SAM. STRYCKIVS, *de cautelis teſtamentor. cap.* I. §. 49. HENR. COCCEII, *conſil. et reſponſ. tom.* I. *reſp.* 46. *num.* 8. FERD. CHR. HARPRECHTVS *de teſtamento pagano in hoſtico condito*, §. 204. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. p. 309.

§. VIII.

Vbi peregrinans; ſeu ciuis temporarius ſollemnitates testamentarias obſeruat, quae obſeruandae ſunt ſecundum statuta loci, quo testamentum condit, valet quoque testamentum ratione bonorum, alibi ſitorum, etsi aliae ſollemnitates ibi sint receptae.

1) Actuum ſollemnia dimetienda ſunt, ſecundum iura loci, quo peraguntur. *L.* 6. *D. de euict. L.* 3. *in fin. D. de teſtam. L.* 2. *C. quemadmodum teſtamenta aperiantur. ac L.* 9. *et vlt. C. de teſtamentis.* Si 2) contractus valor eſt diiudicandus, inſpicere debemus morem regionis, qua eſt ſuſceptus: nonne vero idem valet in teſtamentis? Neque minus 3) fluit hoc ex principiis, quae fouent *L.* 34. *D. de reg. iuris* ac *L.* 1, *pr. D. de vſuris* Idem placet quoque ARNOLD. VINNIO, *ſelect. iuris quaeſtion libr.* II. *cap.* 19. ANTON. SCHVLTINGIO, ad *Vlpiani fragm. tit.* XX. §. 14. *num.* 45. FRID. ES. PVFENDORFIO, *obs. iuris vniuerſi, tom.* I. *obs.* XXVIII. §. 9. Io. VLRIC. CRAMER in *obs. iuris vniuerſi, tom.* II. *obſ.* DLIII. et CAR. FERD. HOMMELIO, in *rhapſodia quaeſt. obs.* CCCCIX. *num.* 5. verum haud ita pridem aliud ſtatuit idque potiſſimum, quod ciuis temporarius iura et obligationes, quibus ciuitati ſuae tamquam

ciuis

ciuis obſtrictus eſt, retineat *). FRANC. IOS. HARTLEBEN, *meditat. ad pandect. vol.* I. *part.* I. p. 165.

MEMBRVM SECVNDVM

DE

HEREDVM INSTITVTIONE, LEGATIS AC FIDEICOMMISSIS.

§. I.

LEGITIMA est portio bonorum, quae reliquit defunctus.

Poſitio haec, vel eo nomine conſideratione noſtra digna, quod grauiſſima ex ea ducenda ſunt conſectaria, extra omne dubium eſt poſita. Nam 1) legitima detrahenda eſt ſtatim a bonis, a quibus ſolummodo deductum eſt aes alienum, *L.* 8. §. 9. *D. de inoff. teſtam.* ſed bona defuncti non intelligi; niſi ſoluto aere alieno, obſeruat *L.* 39. §. 1. *D. de V. S.* 2) Legitimam accipere etiam poteſt is, qui iuſto eſt exheredatus, vt liquet ex *L.* 8. §. 13. *de inoff. teſtamento* et *Nouell.* CXV. *cap.* 3. haneque ob rem non poteſt eſſe portio hereditatis 4) Ait VLPIANVS, *L.* 2. §. 1. *D. famil. erciſcund.* eum, ad quem quarta deferatur, neque heredem; neque bonorum poſſeſſorem eſſe. Quoniam ante ipſam legi-

*) Quendam ciuem Romanum, vbi in itinere teſtamentum condere voluerit, iuris ciuilis placita ſtricte obſeruare debuiſſe, colligit ex VLPIANO *fragm. tit.* XX. §. 14. ANTON. SCHVLTINGIVS, ad *Vlpianum*, *loc. mem.* p. 631. Dignus quoque eſt Io. CANNEGIETER, qui *ad hunc loc.* p. 88. euoluatur.

legitimam deducendum est aes alienum, atque accedit *L.* 119. *D. de V. S.* dissentiunt: ARN. VINNIVS, *libr.* 1 *sel. iur. quaest. cap.* 22. et IO. ORDVIN. WESTENBERGIVS *de legitima cap.* 2. *tom.* 1. *operum*, p. 17. sed nobiscum consentit LVD. GOTTFR. MADIHN *de portione legitima non portione portionis ab intestato, debita*, Francof. cIↃIↃCCLXXXVIII. Mediam elegit viam SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* v. *tit.* 11. *quaest.* 31. p. 438.

§. II.

Imputantur praelegata in legitimam.

1) Quicquid peruenit iudicio defuncti ad heredem necessarium, illud ei in legitimam est imputandum, id quod facili negotio argumentamur ex L. 8. *C. de inoff. testament.* sed ad hoc referenda quoque sunt praelegata, L. 25. *pr. D. de inoff. testam.* 2) Quae speciatim in legitimam imputare permissa sunt, ea quoque sunt imputanda, secundum *L. pen. pr. C. de collat.* Neque vero in illis locum denegare possumus praelegatis, propter L. 36. *et* 35. *C. de inoffic. testam.* aliud autem statuentes prouocant ad L. 12. *C. de collat.* GEORG. ADAM. STRVVIVS, *exerc.* x. *thes.* 35. ac LVC. VAN DE POLL, *de exheredat. atque institution. cap.* XXXI. §. 5. p. 165. hanc fouent sententiam; SAM. COCCEII, *libr.* v. *tit.* 11. *quaest.* 33. p. 450. autem nostram tuetur.

§. III.

Lex, qua legitima est aucta, etiam eam ad portionem est referenda, quae parentibus ac fratribus competit.

Initio quidem *nouellae* XVIII. *cap.* 1. imperator Iustinianus solum de liberis eorumue legitima differit; sed

quum

Digitized by Google

quum in fine addit, *obſeruanda haec eſſe omnibus in perſonis, in quibus ab initio antiquae quartae ratio de inofficioſo lege ſit decreta*, luce clarius his verbis indicat, extendendam eſſe hanc legem tam ad parentum; quam ad fratrum legitimas, quum vtriſque iam antiquiori iure ea competeret, teſtibus L. 21. *et* 27. *C. de inoff. teſtam.* Quum filiis potiſſimum legitima deberetur, ob eminentiam ſaepe nominari ſolent, licet omnes intelligantur heredes neceſſarii. Videmus id, vbi comparamus initium L. 85. *C. de inoff. teſtam.* cum eius §. 3. Immo ita nouellam hanc interpretatus eſt HARMENOPVLVS, *libr. v. promptuar. tit.* IX. §. 14. Haec eſt ſententia HVGON. DONELLI, *libr.* XIX. *comment. iur. ciuil. cap.* 4. CHRIST. PHIL. RICHTERI, *part.* I. *deciſ.* 52, ANDR. FACHINAEI. *libr.* IV. *controu. cap.* 8. GEORG. AD. STRVVII, *exerc.* X. *theſ.* 14. PETR. MVLLERI, *ad Strum. loc. excit.* SAM. DE COCCEII, *iur. contr. libr.* V. *tit.* II. *quaeſt.* 28. ab iis autem diſcedunt, quod *nou.* XVIII. ſecundum eius inſcriptionem ſolum de liberis loquatur ac lex correctoria ſtricte ſit interpretanda: imperator legitimae augmentum *Nou.* XXXIX. *cap.* I. et *Nou.* XCII. *praef.* ad fratres ac parentes extendat ac *Nou.* XVIII. *cap.* I. eà, quae ibi cauta ſunt, clare reſtringat ad legitimam, quae natura debeatur b). CORASIVS, ad L. 14. *C. famil. erciſcundae.* CLAVD. DE BATTANDIER, *tract. de legitima, cap.* 4. *num.* 31. EV. BRONCHORSTIVS, *libr.* I. *miſcell. aſſert.* 39. ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad inſtit. libr.* II. *tit.* XVIII. §. 3. cum aliis.

§. IV.

Portio ſtatutaria a bonis non eſt detrahenda ante; quam legitima ſit determinata.

1) Quum

1) Quum per portionem ſtatutariam intelligimus portionem bonorum defuncti coniugis ex ſtatutorum ſanctione ſuperſtiti coniugi competentem: ſine omni dubio adfirmare poſſumus, computanda eſſe bona, quae ex ſtatutis ad coniugem perueniunt, quum id primum poſt mortem accidit; tempore illius ea adhuc in dominio defuncti exſtiterunt huiusque potiſſimum in legitima ratio eſt habenda. 2) Leges clare computare legitimam iubent, ſtatim; ac deductum ſit aes alienum; ſed ad illud portionem ſtatutariam referre haud poſſumus. 3) Donationes ac dotes inofficioſae: immo legata ea ad bona numerantur, a quibus fit ſecundum *nouell.* XCII. legitimae detractio, licet ad ipſam hereditatem haud poſſint referri eamdemque ob rem id merito etiam ſtatuimus de portione ſtatutaria. 4) Quum ſtatutorum interpretatio ſemper eſſe debet ſtricta, atque ita comparata, vt, quantum poſſit, conformis ſit iuri communi: omni tempore in eo conſpirarunt prudentes, quod portio ſtatutaria ſolum peti queat, ſalua legitima; iure communi fundata, haecque per iſtam nullo modo minui poſſit ac coarctari. Nonne vero minueretur legitima, ſi tria millia relinqueret defunctus: duo millia loco portionis ſtatutariae ad coniugem peruenirent ſuperſtitem; neque heredis neceſſarii legitima mille; ſed ſolum CCCXXXIII. thaleris octoue groſſis conſtaret? Concludimus itaque ex eo, portionem ad bona hereditaria eſſe adhuc connumerandam, vbi fiat detractio legitimae cum iurisconſultis Ienenſibus, in reſponſo, mens. AVG. CIↃIↃCCLIX. Coburgum miſſo, ac diſcedimus a WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *colleg. theoret. practic. tom.* I. *libr.* V. *tit.* II. §. 46. p. 550. MATTH. WESENBECIO, *part.* I. *conſ.* 50. *num.* 30. ac GVIL. ESBACHIO ad *Carpzou. part.* III. *conſt.* II. *def.* 3. qui aliud ſtatuunt, quod omne aes alienum ante omnia ex hereditate deducendum ſit ac legitima

tima pars ſit portionis ab inteſtato debitae. Nobiscum faciunt Ben. Carpzovivs, *libr.* vi. *reſp.* 48. Io. Brvnnemannvs *cent.* iii. *dec.* 29. Nic. Christ. L. B. de Lyncker, *decis.* 1481. Io. Henr. Berger, *oecon. iuris*, *libr.* ii. *tit.* iv. §. 16. et Avg. Leyser *ſpec.* xci. *med.* 6. Addas Casp. Henr. Hornivm, *progr. quae ratio ſit computandi legitimam, ſi ſuperſtes concurrat coniux, partem vindicans, quae ſtatuto defertur*, Viteb. cIↃIↃcLxxxxiii.

§. V.

In computatione legitimae, si ad numerum liberorum reſpiciendum est, ab iis iuste exheredatus non est excludendus. Vbi itaque defunctus quinque liberos reliquit, atque ex his vnum exheredem ſcripsit, reliqui non trientem; ſed ſemiſsem loco legitimae capiunt, quamuis ille quinque; vel pluribus tantum heredibus competat.

1) Vbi de legitima eſt ſermo, ille bonorum ſtatus eſt contemplandus, qui fuiſſet, ſi ſine teſtamento mortuus eſſet defunctus. Non ſine cauſſa itaque legitima vocatur *pars eius, quod ad eum eſſet peruenturum, ſi inteſtatus paterfamilias deceſſiſſet*, in L. 8. §. 6. D. *de inoffic. teſtamento*, L. 8. *pr.* C. *de inoff. teſtam. ac pars legitima portionis*, L. 31. C. *h. t.* Sed hoc caſu exheredatus in numero heredum fuiſſet hancque ob rem eius ratio eſt habenda in computatione legitimae aliorum, licet illius particeps haud fiat. 2) Vbi hoc accideret, vnius exheredatio ſaepiſſime noceret reliquis, quos tamen heredes ſcripſit teſtator; verum enim vero teſtator id voluiſſe non eſt cenſendus. 3) Clare id ſtatuit Vlpianvs, L. 8. §. 8. D. *de inofficioſ. teſtament.* Si paul-

paullo intentius eius effatum luſtramus, loquitur de eo, qui exheredatus eſt; nec de inofficioſo teſtamento queritur quumque duplici ex cauſſa fieri id poteſt, quod vel non velit; vel non poſſit inofficioſi inſtituere querelam, de vtroque caſu legem cum ARNOLD. VINNIO, *libr. 1. ſelect. iuris quaeſtion. cap.* 21. intelligere debemus. Ait iurisconſultus de eiusmodi homine, eum alteri, qui cum ipſo quidem exheredatus eſt; ſed per querelam inofficioſi ad hereditatem peruenit, *partem facere;* neque hac ſub loquendi formula adfirmat, illum efficere, vt ſolum hic partem hereditatis capiat, id quod cum antiquioribus interpretibus arbitratur Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. exerc.* XIV. §. 77. ſed tradit potius, eum in partibus faciendis eſſe numerandum, vti ex aliis legibus, *L.* 14. §. 1. *D. de iur. codicillor. L.* 67. §. 3. *D. de legat.* 2. *L.* 10. §. 4. *D. de bonor. poſſ. contra tabul. L.* 7. *D. de reb. dub.* colligunt: BARNAB. BRISSON, *de verbor. ſignif. libr.* XIV. *voc. pars,* p. 1092. et LVC. VAN DE POLL, *de exheredat. et inſtitut. cap.* 65. p. 492. 4) *L.* 17. *D. de inoff. teſt.* ſolum eum, negat, partem facere, qui repudiandi animo ad accuſationem teſtamenti inofficioſi non venit hancque ob rem tacite concedit, de aliis, qui ob iuſtitiam exheredationis querelam non inſtituunt, id haud eſſe adfirmandum. 5) *Nouellae* XVIII. *et* XXXVIII. numeri liberorum rationem habendam eſſe in computatione legitimae, non ſine cauſſa ſtatuunt; liberis autem accenſendi ſunt etiam exheredati. 6) Satis conſtat legitimam liberis competentem, ita legibus eſſe definitam, vt arbitrium parentum in determinatione quantitatis penitus ſit excluſum hique nullo modo liberos ſuos; niſi cauſſam adlegare poſſent exheredationis, illa priuare queant; vel eam diminuere; ſine vllo tamen dubio facto ſuo mutationem quantitatis

ſuscipere poſſent, ſi per exheredationem vnius; vel alterius liberorum efficere iplis liceret, vt, quum legitima legum ex praeſcriptio vel in dimidia: vel tertia parte portionis ab inteſtato debitae conſiſteret, prout teſtator quatuor; vel minus; quam quatuor habeat liberos; vel plures iam exſtant, in locum dimidiae eius partis ſuccedat tertia. Hoc quum ſempor obtinet, ſiue id tendat in fauorem reliquorum liberorum; ſiue eorum in praeiudicium: argumenta, quibus ſententia haec impugnatur, petuntur partim ex eo, quod mortui filii ratio haud habeatur in computatione legitimae; exheredatus autem cum mortuo comparetur, *L.* 1. §. 5. D. *de coniungendis cum emancipat. liberis;* partim ex *L.* 17. *D. de inoff. teſtam.* quae eum, qui repudiantis animo ad adcuſationem inofficioſi teſtamenti non venit, his, qui eamdem querelam mouere volunt, partem facere negat; partim tandem ex iure adcreſcendi, quod reliquis ratione exheredati in querela inofficioſi tribui ſolet, ſecundum *L.* 10. §. 4. *D. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas*: ex intentione imperatoris in nouiſſima, quam de legitima in nouellis promulgauit, norma atque aequitate, cuius mentio fit in auth. *nouiſſima C. de inoff. teſtamento.* Quum hac de re iurisconſulti, vbi quaeſtionem illam attingunt, maxime diſſentiunt: ea, vti Io. SCHILTERVS animaduertit, *prax. iuris Roman. ex.* XIV. *theſ.* 79. RAPHAELEM CVMANVM, vele, vti prouerbio traditur, reddidit Cumanum atque, eodem notante, iam liti occasionem praebuit, quae fuit inter BARTOLVM ac ANTON. RVBEVM: inter recentiores ANDR. FACHINAEVS, *libr.* IV. *controu. cap.* 31. BENED. CARPZOVIVS, *libr.* III. *conſt.* X. *def.* 12. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 122. AVG. BERLICHIVS, *part.* III. *concluſ.* 12. *num.* 9. Io. SCHILTERVS, *loc. memorat.* ac SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtam. cap.* 17. *membr.*

Digitized by Google

membr. I. §. 21. p. 618. negant, exheredati rationem habendam esse in computatione legitimae; illud autem adfirmant Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* v. *tit.* II. *quaest.* 29. Arnold. Vinnivs, *libr.* I. *quaest.* 21. Hvgo Donellvs, *libr.* XIX. *cap.* 8. Georg. Ad. Strvvivs, *exerc.* X. *thes.* 32. Io. Balth. Wernher, *part.* III. *obs.* 82. Frid. Es. Pvfendorfivs, *obs. iuris vniuersi, tom.* I. *obs.* 288. auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* II. *med.* LXXXIV. p. 150. ac Ad. Sigm. Phil. Semlervs *in der Untersuchung, ob die berathenen oder abgesonderten Kinder bey der Berechnung des Pflichttheils mit zu zaehlen sind oder nicht,* quae com. Halae, fine mentione anni, quo edita est, adparuit, p. 29. *) Tandem recentiori tempore quaestionem

 hanc

*) Quemadmodum inscriptio huius commentationis docet, auctor hanc quaestionem, aliud quasi agendo, tangit ac potius inprimis quaestionem illam decidit, quatenus quoque in computatione legitimae liberorum eiusmodi separatorum ratio habenda sit, qui quidquam loco portionis, ipsis ab intestato debitae, a parentibus suis acceperunt ac hereditati paternae renunciarunt eamdemque ob caussam ad illam prius haud admittuntur; quam si penitus deficiant liberi non separati. Tales liberi Romanis haud noti fuerunt; bene tamen maioribus nostris ideoque mentio quoque fit eiusmodi separationis liberorum quibusdam iuribus statutariis, quorum auctores mores maiorum nostrorum inprimis sancte religioseque custodire studuerunt, videlicet iure Lvbecensi. Inprimis plura de iis, quae omnino notatu sunt digna, protulerunt Io. Georg. Bvneckav, in *diss. de separatione liberorum ex iure Germanico*, Gottingae, CIↃIↃCCLII. ac Io. Car. Henr. Dreyervs in *der Sammlung vermischter Abhandlungen, vol.* I. p. 91. nihilotamen minus quaestionem supra memoratam solo ex iure Romano decidere debemus ac si omnia argumenta paullo curatius ponderamus, ex quibus concluditur, numerandum esse exheredatum in computatione legitimae, merito idem statuere debemus de filio secundum iura Germanica separato, quum neque parentes, dum eius susciperent separationem; neque ipsi li-

hanc explorare ſtuduerunt: GEBH. CHRIST. BASTINELLER, *an filius iuſte exheredatus in comput. legitimae inter liberos ſit connumerandus; nec ne?* Hal. cIↃIↃCCXII. ac CHRIST. HENR. BRVNING *de filio iuſte exheredato con-*

liberi, qui ſe a laribus paternis hoc modo ſepararunt, facto, ſuo efficere potuerunt, vt quantitas legitimae liberorum non ſeparatorum mutetur; vel minuatur. Aliud ſentit SEMLERVS; ſed profecto miror, quum exheredati rationem habendam eſſe concedit.

Sed non poſſum; quin hoc loco quoque aliam quaeſtionem tangam, vtrum legitima exheredati adcreſcat legitimae reliquorum liberorum; an potius heres in teſtamento ſcriptus eam retineat? Quantum ſcio, fere omnes iurisconſulti hac in re ius adcreſcendi reliquis liberis denegant eamque ob rem inter quaeſtiones controuerſas illam numerare haud audeo; verum enimuero non potuit fieri; quin aliis ex argumentis id colligatur ab iis, qui, exheredatum partem facere in computatione legitimae, negant; aliis autem ab iis, qui hoc adfirmant. Quum ſponte ſua ſequitur, vt legitima reliquorum liberorum haud creſcat, ſi exheredationis plane ratio non habetur in computatione eorum legitimae; neque tunc quidquam exſtat, quod huic accedere poſſit: non opus fuit fautoribus huius ſententiae, ſingularibus rationibus probare, quod reliquorum legitima haud augeatur; ii vero qui ipſis alioquin aduerſantur, nihilominus cum iis in eo conueniunt, quod reliquorum liberiorum legitimam non augeri credunt, ſi quidem, vbi de legitima eſt ſermo, ſolum reſpicitur ad ſtatum illum hereditatis, qui obtinuiſſet, vbi defunctus ab inteſtato deceſſiſſet. Reuera quoque tribuendus eſſet effectus exheredationi legi haud adcommodatus, ſi legitimam, a qua excluſus eſſet exheredatus, reliquis liberis adſignare vellemus ipſorum in legitimam; neque quidquam aliud legitimae nomine comprehendi poteſt; quam quod legibus eſt definitum. BENEDICTVS CARPZOVIVS, *part.* III. *conſtit.* X. *def.* 13. SAM. DE COCCEII, *inr. controu. libr.* V. *tit.* XI. *quaeſt.* XVIII. et auctores *der Meditationen*, *vol.* XI. *med.* CXXXXV. p. 150.

Digitized by Google

communerando in constituenda legitimae quantitate, Lipſ CIↃIↃCCLIII.

§. VI.

Non datur legitima viuentis.

1) Legitima eſt portio hereditatis; hereditas autem non cogitari poteſt; niſi mortuus ſit is, qui eam relinquit, vti partim conſtat ex ratione hereditatis; partim ex verbis POMPONII, *L.* 1. *D. de heredit. vel act. vendita.* 2) In computatione legitimae ſtatus bonorum conſideratur, qui fuit tempore mortis eius, qui illam relinquit, *L.* 6. *C. de inoff. teſtamento.* 3) Secundum *L.* 1. §. 21. *D. de collat. bonor. praematura* eſt *ſpes collationis, quum adhuc viuat is, cuius de bonis quarta debetur.* Simili ratione 4) ſecundum *L.* 6. *C. de inoff. teſt.* quaeſtio, quatenus filius querelam inofficioſi inſtituere queat, prius haud decidi poteſt; quam ſi teſtator mortuus ſit; neque legitimam reliquit. Omnino ſunt, qui contrarium ſtatuunt, quod 1) ſi bona patris ob delictum confiſcantur, legitimam filiis reſeruandam eſſe credunt: 2) filium legitimam a monaſterio poſcere poſſe arbitrantur, in quod ingreſſus ſit pater: 3) filio iudaei, vbi fidem chriſtianam ſit amplexus, ius a patre viuo legitimam petendi tribuant: 4) donatio ac dos inofficioſa ſit reſcindenda: immo 5) filio legitimam adiudicant, vbi pater bona ſua dilapidare incipiat ideoque inter alios reuera nobis aduerſantur: MATTH. BERLICHIVS, *concluſ. practicar. part.* III. *concluſ.* XI. *num.* 17. ac BENEDICT. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* XII. *def.* 10. noſtram autem ſententiam inprimis expoſuit CHR. THOMASIVS, diſſ. *de legitima viuentis*, Hal. CIↃIↃCC. Exſtat *tom.* II. *diſſertationum*, p. 408.

§. VII.

Legitima ſecundum nouellam CXV. *cap.* 3. titulo particulari in testamento relinqui haud potest.

1) Quum liberi, quorum ingratus animus probari haud poteſt, neque praetereundi ſunt; neque exheredandi: neceſſe eſt, vt illos inſtituamus; inſtituere autem illos haud poſſumus, ſi ipſis titulo tantum particularali quid relinquimus. 2) Euidenter quoque id docet *nou. dict.* imperator, quum praetereundi liberos, parentibus copiam haud facit, licet debitam portionem per quamlibet donationem; vel legatum; vel fideicommiſſum, vel alium quemcunque modum iis dederit. Indicat illud particula κἂν euidenter, quacum antecedentibus verbis propoſitionem hanc coniungit, quum compoſita eſt ex καὶ et ἐαν, obſeruante MATTH. DEVARIO *de particulis linguae Graecae*, p. 193. et eam recte conuertit Io. FRID. HOMBERGK VON VACH, *nouell. Iuſtiniani*, p. 747. *etſi.* Quid mirum itaque, quod diſcedamus a Io. STRAVCHIO, *diſſ.* IV. *ad ius Iuſtinian. cap.* 9. ſine haeſitatione, quam obſeruare licet in Io. HENR. BERGERO, *oeconom. iuris*, p. 373. quum cum iis facit, qui contrarium adſirmant, quod non ſolum iure codicis nimirum L. 30. et 31. *C. de inoff. teſt.* ſed etiam *nou.* XVIII. *cap.* 1. legitimam quocunque titulo relinquere permittatur ac praeterea ipſis fauere videatur *L.* 8, §. 6. *D. de inofficioſo teſtam.* Cum STRAVCHIO faciunt REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. vol.* I. *diſp.* XIII. *theſ.* 12. DAV. MEVIVS, *part.* IX. *decis.* 2. CHRIST. PHIL. RICHTER, *decis.* 40. Io. ORDVIN. WESTENBERGIVS, *de port. leg. diſſ.* II. *cap.* I. §. 7. et 8. LVD. GOTTL. MADIHN, in *viciſſitud. ſubſtitutionis exemplaris eiusque verae indolis*, Halae CIↃIↃCCLXXV.

ac

ac Io Ern. Ivst. Mvllervs, *obs. pract ad Leyſeri medit. vol.* III. *faſc.* II. p. 257. ſed iis repugnant cum Christ. Phil. Richter, *deciſ.* XL. Bened. Carpzovio, *part.* III. *conſt.* IX. *def.* I. Matth. Berlichio, *concluſ. pract. ad part.* II. *concluſ.* XV. *num.* 44. Georg. Ad. Struvvio *exerc.* X. *theſ.* 38. et Sam. Strvckio, *vſ. mod. dig. tit. de inoff. teſt.* §. 19. iurisconſulti recentiores, Lvc. van de Pöll, *de exheredat. cap.* XXV. §. 1. et 2. Tob. Jac. Reinhardvs, *ad Chriſtinaeum, vol.* IV. *obs.* 17. Casp. Henr. Hornivs, *diſſ.* VII. *reſp.* 46. Petr. de Tovllier, *diſſ.* X. p. 285. ac Frid. Es. Pvfendorf, *obſ. iuris vniu. tom.* IV. *obſ.* XLIV. p. 85.

§. VIII.

Si quis heredi ſuo neceſsario ita quid donare; ſeu relinquere vult, vt eius patri vſumfructum simul adimat: fieri id nequit; nisi ſalnus ipsi sit in legitima.

1) Legitima nulla ratione grauandą eſt; nec relinquenda ſub conditione L. 32. *et auth. nouiſſima C. de inoff. teſtam.* ſed reuera legitimae conditio adiicitur, vbi teſtator cauet, ne eius vſumfructum habeat heredis pater. 2) Quidquid legis beneficio nobis ſolum competit, eo hominis facto priuari haud poſſumus; vſumfructum autem patri in liberorum ſuorum legitimas portiones ſola lege competere, nemo negabit, qui recordatur, legitimam peruenire ad liberos ex legis beneficio, *L. 6. C. de inoff. teſtam.* et vbi ad eos peruenerit, legitimae vſumfructum iterum ex ſolius legis ſanctione redundare ad parentes. 3) Clare id iubet duobus locis *Nouell.* CXVII. Quum pars, quae lege liberis debetur, nihil aliud eſt, quam ipſorum legitima, hocque ex huius patet notione: memorata conſtitutio

cap. 1. rem iam satis euidenter indicat, quum solum matribus et auiis, id, quod praeter hanc partem reliquum est, liberis suis ita relinquere, vt patri simul eius adimant vsufructum, permittit. Tradit dein lex, ea, quorum vsumfructu patrem priuare liceat, extraneis etiam relinqui posse; ad ea autem legitimam liberorum portionem referre haud possumus. Ipsam denique nouellam solum de eo loqui, quod, detracta legitima, restat hancque ob rem eam ad bona, quae legitimam conficiunt, haud esse extendendam, patet ex inscriptione, huic nouellae data. Licet cum iis non plane consentiamus, qui existimant, inscriptiones has ab ipso imperatore proficisci; indicat tamen illa satis euidenter, eo tempore, quo ius Romanum est receptum, nouellam nostram haud aliter esse explicatam; quam nos eam interpretamur. Quibus aliud placet, ii potissimum auctoritate glossae nituntur; neque minus ad *auth. excipitur C. de bon. quae liberis* prouocant eamdemque etiam ob rem nobis refragari volunt, quod tali, a matre facta, vltima voluntate haud oneretur legitima; sed simul iis, cui hoc modo ea relinqueretur, vsumfructum acciperet. Nobiscum consentiunt ANDR. FACHINAEVS, *libr.* v. *controuers. cap.* 21. GEORG. AD. STRVVIVS, *syntagm. iuris ciuil. ex.* XII. §. 5. SAM. STRYCKIVS, *vs. mod. tit. de vsufructu*, §. 5. Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* 1. §. 33. *not.* 7. AVG. LEYSERVS, *spec.* XCII. *med.* 1. ac auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *vol* 1. p. 309. Dissentiunt praeter antiquos glossatores DAV. MEVIVS, *part.* VII. *decis.* 356. MATTH. BERLICHIVS, *part.* 1. *decis.* 137. ALEX. TRENTACINQVIVS, *libr.* 1. *resolut.* 4. *num.* 3. PETR. HEIGIVS, *part.* II. *quaest.* 12. atque alii.

§. IX.

§. IX.

Legitima parentum non est pars portionis hereditatis ipsis ab intestato debitae; sed tertia pars bonorum, quae reliquit defunctus.

1) Si legitima solum iis competit, qui querelam inofficiosi instituere possunt; neque haec a fratribus turpi personae prolatis prius haud peti potest; quamsi non adsunt parentes, qui illam instituere possunt: nec in definienda legitima parentum ratio haberi potest illius portionis, quam capiunt fratres, vbi vnacum parentibus succedunt: prius autem clare constat ex §. 6. I. *de inoff. testam.* 2) Si legitima parentum solum in tertia parte portionis ipsi debitae consisteret: fratribus quoque illa relinquenda esset indistincte; neque ii praetereundi; verum enim vero clare constat, posterius haud obtinere; nisi turpis persona esset praelata. Tandem 3) ex eo concludimus, quod legitima parentum sit species legitimae ideoque de ea valeat, quod generatim valeat de legitima; eam autem generatim sumtam, esse partem bonorum, iam §. 1. demonstrauimus. Qui aliud statuunt, partim ad ea loca iuris prouocant, quibus legitima pars dicitur portionis ab intestato debitae *L.* 8. §. 6. *D. de inoff. testam. L.* 31. *et* 36. *C. de inoff. testam.* ac *L.* 36. *C. de inoff. donat.* partim ad id se referunt, quod traditur *L.* 8. §. 6. *D. de inoff. testamento* haecque iure nouellarum mutata esse negant. Quum tam inter antiquiores; quam recentiores hac de re magna exstiterunt dissidia, ante omnia memorandum est, nostram sententiam iam placuisse Bvtrigario; ab eo autem discessisse Bartolvm. Sequente aetate eamdem, quam amplexus sum sententiam, fouent Io. Voetivs, *libr.* II. *tit.* 11. *num.* 40. Io. Henr.

BERGERVS, *oecon. iur. libr.* II. *tit.* IV. *theſ.* XVI. CAR. FRID. ZEPERNICK, *hiſtoria iuris ciuilis de legitima portione parentum*, quam praeſide DAN. NETTELBLADTIO Halae, CIↃIↃCCLXXIII. defendit, MATTH. BENON. HERING *diſſ. de computanda legitima matris in concurſu cum germanis praeteritis*, Roſtochii, CIↃIↃCCXXXVIII. Io. ALBERT. COLMAR, *von dem Pflichttheil der Eltern*, Norimbergae, CIↃIↃCCLXXXV. HENR. WAGNERVS *diatr. in qua demonſtratur, parentum portionem legitimam totius hereditatis trientem eſſe*, Marburg. CIↃIↃCCLXXII. ac LVDOV. GOTTHOFREDVS MADIHN *de portione legitima non portione portionis ab inteſtato debitae*, Francofurti ad Viadr. CIↃIↃCCLXXXVIII. ei autem aduerſantur VLRIC. HVBERVS, *praelect. iuris ciuil. ſecund. ordinem digeſtor.* §. 14. ANTON. FABER, *de error. pragmaticor. part.* I. *decad.* 15. *error.* 4. LVCAS VAN DE POLL *de exheredat. cap.* LXIV. §. 13. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniuerſi*, *tom.* III. *obſ.* CLXXI. p. 451. F. W. MEYER de *determinanda legitimae quantitate*, Gottingae, CIↃIↃCCLXXII. CAR. FRID. GERSTLACHER, *von richtiger Berechnung des Pflichttheils der Eltern Kindere und Geſchwiſtere, wenn der überlebende Ehegatte miterbt.* Stuttgard. CIↃIↃCCLXXIII. quibus accedit CHRIST. FRID. GLVCKIVS, *diſſ. iur. ciuil. de conſtituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nou.* XVIII. *cap.* I. CIↃIↃCCLXXXVIII. eo nomine inprimis commendandus, quod, quum ipſi iurisconſulti, qui haud ſemper trientem eſſe parentum legitimam cenſent, in varias ac deuerſas diſtracti ſunt ſententias, ſingulas curate recenſet.

§. X.

Conditio caſualis aut mixta institutioni filiaefamilias adiecta, illius institutionem ipſo iure hodie vitiat.

1) Fi-

1) Filiusfamilias secundum *L. 4. pr. D. de hered. instituendis* non sub omni conditione institui potest, quumque ibidem solum de conditione potestatiua adseritur, filium sub illa heredem scribi, merito colligimus, haud id permissum esse sub conditione casuali; aut mixta. 2) Ex sententia imperatoris Alexandri *L. 4. C. de instit. et substitut.* pater, qui filium, quem in potestate habebat, sub conditione, quae in ipsius potestate non erat, heredem scripsit; nec in defectum eum eius exheredauit, iure testatus non videtur. Liquet illud tandem 3) ex norma liberos instituendi, *nou. cxv. cap.* III. praescripta. Opponitur huic sententiae partim *L.* 32. *C. de inoff. testam.* partim *L.* 36. §. 1. *C. de inoff. testam.* ac *L.* 7. *C. de instit. et substit.* eius ab aduersariis, inter quos locum tenent IASON ad *L. 4. C. de instit. et substit.* IVL. CLARVS, *libr.* III. §. *testamentum quaest.* 39. *num.* 4. sed nostram adprobant REINH. BACHOVIVS *ad Treutlerum*, *vol.* II. *disp.* XI. *thes.* 3. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* IX. *def.* 18. LVD. MENCKE, *gymnas. iuris polem. disp.* XII. *thes.* 14. p. 186. ac GEORG. AD. STRVVIVS *euolut. controuersiar. libr.* XXVIII. *tit.* VI. p. 479.

§. XI.

Etiam filius emancipatus vel instituendus; vel exheredandus est iure nouellarum ac testamentum, quo est praeteritus, est nullum.

Concludimus id partim ex ratione succedendi modi, iure nouellarum adprobati; partim ex ipsis verbis *Nouellae* CXV. *cap.* III. Quod ad illam pertinet, satis notum est, illam non; nisi in sanguinis vinculo esse quaerendam, quod inter defunctum eiusue heredem intercedit eamdemque ob causam cognatos eadem ratione admis-

missos esse; qua adgnatos; nonne autem, hac causa posita, cessat differentia, quae quondam ob exheredationem erat inter filiasfamilias ac liberos emancipatos hique legitimam eodem iure possunt petere, quo illa competebat filiisfamilias? Porro id constat ex verbis memoratae nouellae. Si illa solum ad liberos parentum in potestate existentes respexisset, eos filiorum filiarumque familias nomine designasset; sed, omni discrimine remoto, de filiis filia ceterisque liberis, vt sint exheredandi; vel heredes scribendi, cauit. Aliud existimant, quoniam *nouell.* CXV. *cap.* III. haud nominatim sancitum sit, quod testamentum, in quo emancipatus praeteritus sit, pro nullo habeatur ac adlegatio causae exheredationis praescripta: iure antiquiori solum hoc in casu locum haberet querela inofficiosi; neque ei hac in re derogatum: GEORG. AD. STRVVIVS, *syntag. iuris ciuilis ex.* XXXII. *thes.* 26. *tom.* II. p. 687. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* IV. *controuers. cap.* 9. DIDAC. COVARRVVIAS, *ad cap. Raynut. in pr. num.* 6. *X. de testam.* ANT. FABER, *de error. pragmat. decad.* XIV. *cap.* 7. IVL. CLARVS, *libr.* III. *sententiar. quaest.* 42. WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. practic. libr.* XXVIII. *tit.* II. §. 3. sed nobiscum conueniunt SAM. STRYCK, *de caut. testam. cap.* 19. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* II. *et v. p.* 258. FRANC. HOTTOMANNVS, *libr.* VII. *obs.* 8. HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *ad Treutler. vol.* II. *disp.* II. *quaest.* 5. IO. GOTTFR. HARTVNG, *de eo, quod mutatum Nou.* CXV. *cap.* 3. *et* 4. *circa exhered. liberor.* Vit. CIↃIↃCCXXXI.

§. XII.

Nullum quoque est testamentum aui materni, qui nepotes praeteriit, siue causa, cur prae-

praeteritio facta, sit adlegata; siue id haud sit factum.

Si parentes aeque ac reliqui adſcendentes haud ob patriam potestatem; ſed ob neceſſitudinis vinculum, quo iuncti ſunt cum liberis, iis legitimam debent: auus maternus eadem ratione, qua paternus nepotes inſtituere debet in legitima; prius autem ex iis adparet, quae ad corroborandam poſitionem praecedentem adtulimus. Ge. Ad. Struvius, *loc. laudat.* nobis ideo contradicit, quod teſtamentum eiusmodi aui *nou.* cxv. *cap.* 3. pro nullo haud declaretur; ei vero haud obſcure repugna, ipſius interpres, Petr. Mvllervs.

§. XIII.

Non opus est auo, vt nepotes ex filio heredes instituat, quem iuste exheredauit viuumque post mortem ſuam reliquit.

1) Si verba *L.* 43. *C. de inoffic. teſtam.* paullo curatius intuemur, ea mirum in modum poſitionem noſtram teſtatam facere, inueniuus. Datur tantum nepoti querela inofficiosi, quumque ea ita eſt comparata, vt illa locum non habeat; niſi deficiat querela nullitatis, §. 2. *I. de teſtam. inofficioſ.* per id iam declarat, querelam nullitatis nepoti denegari ideoque nec nullum elle teſtamentum, quo non ſit inſtitutus talis nepos; immo eam tantum querelam inofficioſi nepoti inſtituere permittit, quam inſtituiſſet filius; niſi deliberatione heredis ſcripti eſſet impeditus. Auus nepoti nihil 2) debet; niſi eius parens decedat, viuo auo, vt Vlpianvs ſcribit, *L.* 6. *D. de iniuſto, rupto et irrito teſtamento;* hoc autem poſito, nec legitimam relinquere debet liberis filii exheredati. 3) Vlpianvs, Pomponivs, Marcellvs

ac

ac PAVLLVS, vti huius ex verbis constat L. 9. §. 2. *D. de liberis et postum. hered instituend.* omnes in eo conueniunt, quod testamentum agnatione nepotis non rumpatur, si filius exheredatus, auo mortuo adhuc sit superstes. Tandem 4) PAPINIANVS haud obscure rem nobis significat, vbi scribit L. 7. *D. si tabulae testament. nullae exstabunt*, hereditatem a scripto herede posse adiri, licet nepos non sit exheredatus. Argumenta, quibus aduersarii vtuntur, sunt: 1) quod *nou.* CXV. *cap.* 3. et 5. clare sit cautum, ne quis parentum audeat filium; vel ceteros liberos praeterire. 2) L. 14. ac L. *pen. pr. D. de inoff. testam.* patri testatoris permittatur, testamentum, quo praeteritus est, impugnare testamentum, si ille filius suos rite exheredauit: 3) quod rationibus nepotum prospectum sit L. 29. §. 6. *D. de liber. et posthum. her. instituendis*; neque minus 4) alia iuris capita, videlicet L. 12. §. 4. *in fin. D. de coniungendis cum emancipatis liberis*: L. 3. §. 5. *in fin. de possess. contra tabul.* ac L. 71. §. 10. *D. de successor. edicto* adlegant, nimirum: FERDINAND. VASQVEA *tit.* III. *resol. ad* L. *si quis filium C. de inofficios. testament.* FRANC. DVARENVS *ad tit. D. de inoff. testament.* HVGO DONELLVS *libr.* XIX. *commentar. iuris ciuilis, cap.* 7. atque alii; nostram autem sententiam multis argumentis corroborant GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *thes.* 26. *tom.* II. p. 288. et LVCAS VAN. DE POLL, *de exhered. ac praeterit. cap.* XXXXIV. p. 284.

§. XIV.

Parentes iure ciuili exheredare nequeunt filios ob nuptias ab ipsis celebratas sine illorum consensu.

1) Ex mente imperatoris exheredatio liberorum prius haud est licita; quam si sit ob causas, *nouell* CXV. *cap.* 3. expressas: inter illas autem matrimonium, a liberis inuitis parentibus contractum, non reperitur.

Digiti Google

ritur. 2) Qui parentibus iure ciuili hoc permiſſum eſſe cenſent, ad duas tantum leges prouocare ſolent, ex quibus id colligere ſtudent: ſed neutra earum ita eſt comparata, vt ipſis praeſidio eſſe queat. Altera e digeſtis petitur, nimirum *L.* 3. *§.* 5. *D. de bonorum poſſeſſ. contra tab.* quae auo, nepotem exheredare permittit, qui ex eiusmodi nuptiis eſt procreatus. Si ponderamus, ex ſententia antiquiorum iurisconſultorum, ſpurium fuiſſe nepotem, cuius matrem pater ſine voluntate aui vxorem duxit: hanc ob cauſſam auum ad legitimam ipſi relinquendam nullo modo fuiſſe neceſſitate obſtrictum ideoque multo maiori iure illum exheredari potuiſſe ſine vllà cáuſſa, ſtatim perſpicimus, errare eos, qui hac in lege ab nepote ad filium concludere ſe poſſe arbitrantur. Altera lex in *Nouell.* cxv. §. 11. inuenitur; verum enimuero de filia loquitur, quae luxurioſam degit vitam et diſtinguit, vtrum parentes parati fuerint ad dotandam eam, an illud recuſauerint. Denegatur parentibus ibidem facultas, filiam ob eiusmodi vitae genus exheredem ſcribendi, vbi dote non oblata, elocare eam haud voluerit et iam maiorem aetatem attigerit; minime autem verbis, *et forſitan ex hoc contigerit, in ſuum corpus eam peccare, aut ſine conſenſu parentum marito ſe, libero tamen, coniungere*, ob ſoluni conſenſuin parentum, in nuptiis filiae minorennis ceſſantem, exheredatio permittitur, ſi quoque genuina iſta verba ſunt; nec aliena manu in textum hanc irrepſerint, vt vel minimum ſuſpicari licet, quum HALOANDER ſua in editione ea haud habet. Haec quum ita ſeſe habeant, haud diſtinguimus; vtrum ſit filius; an filia: vtrum haec ſit minor; an maior viginti quinque annis; ſed nunquam liberos hac ex cauſſa exheredari poſſe ſtatuimus ac per id a DION. GOTHOFREDO, *not. ad Nou.* CXV. *cap.* III. *§.* 11. IAC. CVIACIO,

CIO, *libr.* III. *obſ. cap.* 5. GEORG. ACACIO ENENCKETIO, *de priuil. parent. et lib. cap.* I. *prin.* 6. *libr.* III. *controu.* 44. atque aliis cum GEORG. AD. STRVVIO, *ex.* XXXII. *theſ.* 34. *tom.* I. p. 704. ac LVC. VAN DE POLL, *de exhered. ac praeterit. cap.* 47. p. 308. diſcedimus; quibus autem aliud placet, ii prouocare ſolent ad dictam *L.* 3. §. 5. *D. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas*, atque ad grauem illam iniuriam, quae parentibus inferatur per neglectum illorum in nuptiis liberorum conſenſum.

§. XV.

Postumus iure nouellarum exheres ſcribi haud potest, siue post testatoris mortem; siue ante illam in lucem est editus.

Quicumque heres neceſſarius teſtatori ingratus probari nequit, nec exheredari poteſt, vt clare atque euidenter ſancit imperator, *Nouell.* CXV. *cap.* III. *pr.* nepos autem, qui in lucem poſt mortem demum teſtatoris protrahitur, ingratus eſſe non poteſt. Neque vero de eo id eſt dicendum, qui ciuiliter eſt talis ac poſt conditum naſcitur teſtamentum, propterea quod vel minimum, dum conditur teſtamentum, cauſſa non adeſt, ob quam is exheres ſcribi queat. Quum poſteriori ſolum in caſu quidam iurisconſulti aliter ſentiunt, ideo id faciunt, quod nihilominus poſt teſtamentum committere quidquam poſſunt, quod exheredatione ſit dignum. In his deprehendimus GEORG. AD. STRVVIVM, *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* XXXII. *theſ.* 35. *tom.* II. p. 705. atque eius interpretem, MVLLERVM ad *hunc loc.* ſed ſine diſtinctione, poſtumum exheredem ſcribi poſſe, negant FRANC. CONNANVS, *libr.* IX. *comment. iuris ciuilis, cap.* 19. HVGO DONELLVS, *libr.* VI. *comment. iuris ciuilis, cap.* 6.

An-

ANDR. ALCIATVS, *libr.* IV. *paradoxor. cap.* 19. FRANC. DVARENVS, *ad tit. de inoff. teſtament. cap.* 6.

§. XVI.

Reconciliatio ius patri non adimit exheredandi liberos.

1) Remiſſiones ſtricte ſunt interpretandae ideoque facta reconciliatione ac remiſſa ſatisfactione, quam parens a liberis poſcere poſſet ob iniurias, ipſi illatas, renunciaſſe pater haud cenſendus eſt iuri, liberos exheredes ſcribendi. 2) Si exheredes ſcribere licet parentibus liberos, licet iam querela, quam de iis inſtituere poterat, exſpirauerit, merito prius adfirmare quoque poſſumus, quamuis reconciliatio acceſſerit. Neque minus 3) ex eo id argumentamur, quod ſecundum *L.* 23. *D. de liberis et poſthumis* exheredationi haud noceat adrogatio exheredati, quam poſt emancipationem ſuscepit ac licet ſupponat, exheredationem antea eſſe ſusceptam, haud obſcure ſignificat auctor huius legis, cauſſam exheredationis haud tolli adrogatione, etſi ſine reconciliatione cogitari nequeat: hac autem adhuc exſtante, quoque fieri poteſt poſtea adhuc exheredatio. Haec ſunt argumenta, quae ad firmandam noſtram ſententiam faciunt; eidem vero opponi ſolet, quod laeſio, ab exheredato patri illata, non amplius locum habeat, ſi reconciliatio ſit ſubſequuta: legatum ſecundum *L.* 4. *D. de adimendis; vel transferendis legatis*, quod perdidiſſet legatarius ob magnam inimicitiam, quae inter eum eſt orta ac teſtatorem, redindegratur, ſi legatarius in gratiam teſtatoris denuo rediit ac poenituit illum prioris offenſae: nec ſine cauſſa exheredatio haud valeat; ea vero plane deficiat, vbi reconciliatio ſit facta.

Qui aliud ſtatuunt, duas in claſſes ſunt ſcribendi. Alii diſtinguunt, vtrum exheredatio ante reconciliationem ſit facta; an poſt eam et quidem, prius ſi eueniat; haud vero ſi poſterius, illam ratam habent cum HENR. ZOESIO, *tit. dig. de liberis et poſthumis* ac FRID. ES. PVFENDORFIO, *obſ. iuris vniuerſi, tom.* II. *obſ.* 8. Alii generatim exheredationem, reconciliatione facta, exſpirare putant ideoque ſimul patri, poſt illam filium exheredandi facultatem denegant, videlicet ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VI. *controuerſiar. cap.* 79. REINH. BACHOVIVS ad *Treutlerum, vol.* I. *ſelect. diſp.* XIII. §. 9. SAM. STRYCKIVS, *diſſertat. Halenſ. vol.* II. *diſp.* XV. §. 8. LVCAS VAN DE POLL, *de exheredat. cap. vlt.* Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſ. pract. ad Leyſer. vol.* III. *faſc.* II. p. 275. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* II. p. 256. ſed noſtram fouent ſententiam HIERON. TREVTLERVS, ad *Bachou. vol.* I. *ſelect. disputat. disp.* XIII. §. 9. *litt. e.* et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCLVII. *med.* 8.

§. XVII.

Pater exheredare potest filium ob iniuriam matri illatam.

Concludimus illud 1) ante omnia ex iure antiquiori, quum eius ex ſententia patri omnibus iis in caſibus filium exheredare liceret, quibus ipſi iuſtam iraſcendi daret cauſſam, teſte PLINIO, *libr.* V. *epiſt.* I. et CICERONE, *orat. pro Roſcio Amerino*, L. 22. *C. de inoffic. teſtam.* illud autem omnino locum habere, iniuria matri illata, iudicarunt L. 2. *Cod. Theod. de inoffic. teſtam.* ac L. 28. D. *de inoff. teſtam.* Neque vero aliud colligendum ex *Nouell.* CXV. *cap.* 3. §. 1. et 2. quum exheredationem permittit, ſi illata ſit iniuria τοῖς γονεῦσι, *naturalibus paren-*

Digitized by Google

parentibus. Tandem 2) ex eo id concludimus, quod iniuria, matri illata, ei aequiparatur, quae in patrem committitur L. 3. §. 1. *D. de obsequio parent.* Aduersarii non minus argumentis quibusdam vtuntur, quum tradunt, exheredationem esse odiosam ideoque maxime restringendam quumque actio iniuriarum inter patrem et filium secundum *L. 4. D. de iniur.* locum haud habeat, nec ad istam adplicandum sit, quod *L. 1. §. 3. D. de iniur.* sit cautum; neque minus ei solum parentum, qui est laesus, ius nouellarum facultatem exheredandi in decima ac duodecimacausa tribuat ac in his nominandi sunt CASPAR MANZIVS, *de testamento valido; vel invalido, tit. x. num. 8.* et IO. HENR. BERGERVS *in oecon. iur. libr. II. tit. IV. §. 14. not. 4.* sed nostra sententia auctoritate LVCAE VAN DE POLL, *de exheredat. ac praeteritione, cap. XLIX. §. 8.* ac FRID. ES. PVFENDORFII, *tom. II. obs. iur. vniuersi,* p. 59. nititur.

§. XVIII.

Neque minus locum habet exheredatio, si iniuria, nouercae illata, ita est comparata, vt ea quoque adficiatur pater; vel vitrico infertur haecque etiam tendit eius in vxorem, exheredaturi matrem.

Si iniuria nouercae illata simul inferatur patri, non videmus rationem, cur non exheredatio sit licita; prius autem nonnunquam accidere posse, negari nequit. Qui sententiam, §. XVII. propositam negant, illi quoque id adprobare nequeunt; nostrae tamen sententiae fautores existunt LVCAS VAN DE POLL, *de exhered. cap. 49. §. 22.* et PVFENDORFIVS, *obs. iuris vniuersi, tom. II. obs. VII. p. 43.*

§. XIX.

Etiam ob cauſsas, quae *Nou.* cxv. non ſunt expreſsae, exheredatio est licita.

1) Inter illas cauſſas, quas recenſet imperator, multae ita generatim ſunt formatae, vt tanquam genus ſpecies ſuas contineant, verbi cauſſa: *ſi quis accuſauerit patrem in criminali cauſſa: ſi inſidias ſtruxerit: ſi turpem plane et inhoneſtam elegerit vitam*: non poſſumus itaque; quin eadem ratione illas interpretemur, vt verbi cauſſa in omni cauſſa criminali, in qua filius patrem adcuſauit, exheredationem locum habere ſtatuamus ideoque etiam ob cauſſam *Nou.* cxv. non expreſſam illam validam eſſe cenſeamus. 2) Quum in hiſce cauſſis interpretandis merito magis ad legis rationem reſpicere debeamus; quam eius ad verba, etiam illas cauſſas exheredationis admittere debemus, quae non quidem ſunt expreſſae; expreſſis tamen ſimiles. Diſſentiunt, quia imperator *nou.* cxv. *cap.* 3. clare teſtatur, ſe eum in finem nominatim recenſuiſſe cauſſas exheredationis, vt nulli liceat, ex alia lege ingratitudinis cauſſas opponere; niſi quae in huius conſtitutionis ſerie contineantur, Hvg. Donellvs *libr.* vi. *cap.* xii. Henr. Cocceii diſſ. *quae ſit genuina reſolutio controuerſiae circa cauſſas exhered. liberor. vol.* ii. *ex. curioſar.* p. 1214. Helfr. Vlric. Hvnnivs, *var. reſol. iuris, libr.* ii. *tract.* v. *qu.* 19. Frid. Es. Pvfendorfivs, *obs. ver. vn. tom.* ii. *obs.* 5. atque auctores *der Meditat. über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* ii. p. 342, ſed nobiscum conueniunt Pavllvs Christinaevs, *vol.* iv. *deciſ. Belgicar. deciſ.* xiv. Ivl. Clarvs *in recept. ſententiis, quaeſt.* xli. *num.* 2. Georg. Ad. Strvvivs, *ex.* xxxii. *theſ.* 33. *tom.* i. p. 696. Andr. Alciatvs, *libr.* iii. *pa-*

paradox. cap. 14. BENED. CARPZOV, *part.* III. *conſt.* XIV. *def.* 10. SAM. STRYCK, *de cautel. teſtam. cap.* XIX. §. 23. p. 754.

§. XX.

Cauſsa exheredationis expreſsa debet eſse in testamento a patre et est illud nullum, si in ea istam omiſerit.

Vt exheredatio rite fiat, neceſſe eſt, vt illa nominetur cauſſa, cur pater liberos exheredes ſcribere velit, vt id *Nou.* CXV. *cap.* 3. *et cap.* 4. *pr.* nec non *authentica Non licet C. de liberis praeterit.* clare iubent; exheredatio vero caput eſt et fundamentum ipſius teſtamenti non minus; quam inſtitutio ideoque nullum eſt teſtamentum, ſi omiſſa eſt cauſſa exheredationis. Aliud opinatur, propterea quod hoc ſi admittamus, tota bonorum poſſeſſio contra tabulas deleretur: quicquid de querela inofficioſi in reliquis iuris libris eſſet cautum, extra vſum veniret: neque *Nou.* CXV. *cap.* 3. et 4. teſtamentum, in quo cauſſa non ſit adlegata, pro nullo haud declararetur; ſed pro eo, quod ſit, euertendum atque verba] graeca, ibi adhibita:] ἀκυρῶσθαι et ἀνατρέπεσθαι de iis praedicari ſoleant, quae ab initio conſtiterunt cum ANDR. FACHINAEO, *libr.* IV. *controu. cap.* 9. ARNOLD. VINNIVS, *libr.* II. *quaeſt. ſelectar. cap.* 3. ac IVST. GEORG. PAVLL. DV ROI *diſſ. de teſtamento ob exheredationem ſine elogio facto, non ipſo iure nullo,* Helmſtadii CIↃIↃCCLXXX. ſed illos refutant GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *theſ.* 32. *tom.* I. p. 695. ac SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtam. cap.* XIX. p. 750.

Digitized by Google

§. XXI.

In exheredatione, bona mente facta, neceſſe est, vt eius exprimatur cauſſa.

1) Ordinarie propter odium, quo heredem proſequimur, eum exheredem ſcribere ſolemus ideoque illud quoque ita eſt praeſumendum, vt prius haud ſtatuendum ſit, bona mente exheredationem eſſe factam; quam ſi clare conſtat ex ratione, exheredationi adiecta. 2) TRYPHONINVS de exheredatione bona mente facta loquitur, *L.* 16. §. 2. *D. de curatoribus furioſo vel aliis dandis*, eamque haud aliter locum habere poſſe ſtatuit; quam ſi addita ſit *cauſſa neceſſitasque iudicii*; ſiue, quod idem eſt, ratio exheredationis. 3) PAPINIANVS exemplum exheredationis, bona mente factae, nobis exhibet, *L.* 3. §. 3. *D. de vſuris*; ei tamen non minus cauſſam ita adiectam videmus: *ne filiae tutoribus: ſed potius neceſſitudini; ſiue illius conſanguineis, res committerentur.* Aliam fouent ſententiam, quoniam in fauorem liberorum exheredandorum tendat, FRID. A SANDE, *libr.* IV. *deciſ. Friſicar. tit.* II. *def.* 3. CHRIST. PHIL. RICHTER, *decis.* XLI. *num.* 18. PETR. MVLLERVS *ad Struu. tom.* II. p. 706. Videas HENR. LINCKIVM, *de exheredat. bona mente facta*, Altorf. cIↃIↃCLXXVII. Io. ANDR. FROMMANNVM, *de exheredat. liberorum bona mente facta*, Tubing. cIↃIↃCCV. et TOB. IAC. REINHARDVM, *de eo, quod iuſt. eſt circa exheredat. bona mente factam*, Götting. cIↃIↃCCXXXIII.

§. XXII.

Sola praeteritione bona mente exheredatio peragi nequit.

1) Li-

1) Liberi ſunt vel inſtituendi; vel exheredandi atque exheredatio hoc loco, vti tironibus conſtat, opponitur praeteritioni. 2) Exheredatio bona mente facta, cogitari prius haud poteſt; quam ſi tota hereditate priuatur, qui exheres ſcribitur; verum enimuero in liberis fieri illud haud poteſt; niſi nominatim a hereditate excluduntur, propterea quod ad eos ipſo iure tranſit plenum dominium mortuo patre: immo liberi illius ſunt participes eo viuo, *L.* 11. *D. de liberis et poſthumis.* Diſſentiunt iterum partim ob fauorem liberorum, cuius cauſſa exheredatio illa permittitur, partim quod iſta exheredatio proprie ſic dicta haud ſit, ANDR. FROMMANNVS, *diſſ. de exheredatione liberorum, bona mente facta*, §. v. ac AVG. MERENDA, *libr.* IV. *controu. cap.* 25.

§. XXIII.

Cognatis heredibus institutis, iij tantum vocati cenſentur, qui ſunt proximiores.

1) MODESTINVS, L. 32. §. 6. *de legatis* 2. de fideicommiſſo, familiae relicto, tradit, diſtinguendum eſſe, vtrum quidam ex iis nominati ſint; an id haud ſit factum, illoque in caſu tantum ad hereditatem admittendos cenſet, ante omnia nominatos; his autem mortuis illos, qui ex his ſunt procreati; niſi ſpeciatim defunctus ad vlteriores voluntatem ſuam extenderit. Eadem ratione 2) PAPINIANVS, *L.* 69. §. 3. *D. de legat.* 2. proximum quemque primo loco inſtitutum videri putat, vbi quidquam familiae ſit relictum. Diſſentit BENED. CARPZOVIVS. *part.* III. *conſt.* 9. *def.* 16. quod BALDVS ad *L.* 29. §. 1. *D. de liber. et poſthum.* fratrem eiusque liberos heredes coniunctim inſtitutos ſimul vocatos cenſeat; verbis ſit inhaerendum; neque minus coniuncti ae-

qualiter admittantur et hoc nomine refutatur a SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* II. p. 268.

§. XXIV.

Neque filiae reorum criminis perduellionis; neque eorum nepotes inter illos sunt referendi, qui heredes institui nequeunt.

Satis nota illa lege 5. *C. ad leg. Iul. maiestatis* neque filiabus; neque nepotibus facultas, quidquam capiendi ex testamento quodam, est ademta. Neque id alia lege ipsis contigit; prius autem quemdam haud arcere possumus a heredum institutione; quam si id clare sit legibus cautum. Filiabus obesse videtur *L.* 62. *D. de leg.* 3. ac nepotibus *L.* 201. *D. de V. S.* ac *cap.* 15. *de haereticis in 6to* eamdemque ob causam illis hac in re haud fauet ANT. MATTHAEI *de criminibus, libr.* XLVIII. *tit.* II. *cap.* 3. *num.* 20. his vero DID. COVARRVVIAS, *var. resolut. libr.* II. *cap.* 8. *num.* 2. ac IVL. CLARVS, *libr.* V. §. *laesae maiestatis, num.* 10. Ab omnibus his discedit LVD. MENCKE, *gymnas. iur. polem. disp.* XVIII. §. I. p. 179.

§. XXV.

Si heres institutus intra annum ad deliberandum statutum decedit, eius a heredibus excluditur substitutus.

1) Qui intra tempus, quo deliberare potuit, moritur, de eo non dici potest, illum vel non voluisse; vel non potuisse heredem esse; alterutrum autem requiritur in herede, quem excludere vult substitutus. Claris 2) verbis id significat IVSTINIANVS, *L. vn.* §. 13. *C. de caducis tollendis*, quum haud obscure substitu-

tutus iis, ad quos transmittitur hereditas intra annum deliberandi, poſtponitur. Tandem 3) colligimus id ex argumento *L.* 3. *pr. C. de iure deliberandi.* Ob id, quod iure antiquiori erat cautum atque ob *L.* 13. §. *fin. D. de adquir. vel om. hereditate* SALICETVS, *in L.* 19. *C. de iure deliberandi,* VDALRIC. ZASIVS, *tract. de ſubſtit. cap.* 1. REINH. BACHOVIVS, *vol.* II. *diſp.* II. *theſ.* 7. ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad inſt. tit. de vulg. ſubſtit.* diſſentiunt; ſed SAM. STRYCK, *loc. cit.* ac SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* 6. cum aliis nobiscum conſpirat. Addas CHRIST. LVD. CRELLIVM, diſſ. *vtrum herede inſtituto intra annum deliberandi mortuo ſubſtitutus admittatur,* Viteb. cIↃIↃCCLVII.

§. XXVI.

Qui vulgariter quemdam ſubstituit, *ſi non poſſit heres inſtitutus hereditatem adire*, eumdem ſubstituiſse cenſendus est, vbi hereditatem adire noluerit.

Quum ſubſtitutio eum in finem fieri ſolet, vt heres ab inteſtato excludatur ac cum teſtamento decedat defunctus, merito ex eo concludimus, ſecundum *pr. I. de vulg. ſubſtitut.* ſubſtitutum ſemper in inſtituti locum ſuccedere, vbi ille hereditatem haud adeat. Iam id quoque accidit, vbi heres inſtitutus hereditatem quidem adire poſſet; ſed id non velit ideoque etiam ex eo, ſubſtitutum quoque admittendum eſſe, ſtatuimus, licet ſaltim facta ſit ſubſtitutio ſolum, si non poſſit heres eſſe. Si 2) ob fauorem vltimarum voluntatum concludi poteſt ab vno modo, liberandi liberos a patria poteſtate, expreſſo ad reliquos: nec minus ſub vno modo, quo heres deficiat, reliquos tacite comprehenſos eſſe putamus. Praeterea 3) *L.* 22. *D. ad SC. Trebellian.* ac

L. 16. *D. ſolut. matrimon.* claris verbis caſus non expreſſos ſub expreſſis intelligere iubent neque minus 4) ad ſubſtitutiones regulam adplicandam eſſe ob praeſumtam voluntatem teſtatoris patet ex *pr. I. de vulg. et pupillar. ſubſtitut.* Aliud exiſtimant ANDR. FACHINAEVS, *libr.* XV. *controu. cap.* 61. FRANC. MANTICA, *de conieſt. vlt. voluntat. libr.* V. *tit.* I. *num.* 13. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *compend. dig. tit. de vulg. et pupillari ſubſtitution.* ac VLRIC. HVBERVS, *praelect. iuris ciuilis libr.* XXVIII. *cit.* 6. p. 607. et quidem ob *L.* 10. *D. de liberis et poſthum. L.* 101. *D. de condit. et demonſtrat. L. fin. C. de inſtitut. et ſubſtitut. L.* 53. *D. de adquir. vel am. poſſeſſ. L.* 21. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut. L.* 29. §. 11. *D. de liber. et poſthumis* ac *L.* 22. *D. ſolut. matr.* ac quod caſus vnus ab altero verbis aeque ac ſententia teſtatoris differre videatur: GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXIII. *th.* 13. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVIII. *qu.* 5. p. 224. et SAM. STRYCK, *de caut. teſtam. cap.* 18. noſtrae ſententiae accedunt.

§. XXVII.

Si filius heres est institutus: alter ei ſubstitutus atque ille hereditatem repudiat, ſubstituto pater praefertur.

1) Vbi heres inſtitutus hereditatem adit, excludendus eſt ex praecepto legum ſubſtitutus; illud autem dici poteſt de caſu, quo filius hereditatem quidem repudiat; eam tamen adire vult pater, propterea quod pater ac filius pro vna habendi ſunt perſona: imuno haec regula quoque locum habet in *L.* 11. *C. de impuberum et aliis ſubſtitut.* 2) Quum filius condominus eſt rerum paternarum; non poteſt dici, eum non heredem eſſe hereditatis, quam adiit pater; vbi autem id negari ne-

nequit, nec locum habet ſubſtitutio. Quum denique 3) IVSTINIANVS *L. vlt. pr. C. de bonis, quae liberis* parentibus hereditates liberis relictas, ſine omni diſcrimine, adeundi facit copiam; nec a ſubſtituto pater eſt excludendus, Si porro 4) ex ſententia VLPIANI, *L.* 13. §. 3. *D. de adquirend. vel omittenda hered.* in repudiatione hereditatis nec filiusfamilias patri; neque pater filio nocet, alterutro ſine alterius voluntate hereditatem repudiante, nec praeferri poteſt ſubſtitutus patri. Vbi denique 5) factum filii patri nunquam praeiudicium inferre poteſt, neque id ſtatuere poſſumus in repudiatione hereditatis, in qua alius eſt ſubſtitutus. Prius docet L. 25. §. *pen. in fin. D. ad SCtum Trebellian.* Aliud exiſtimant quoniam 1) *L. vlt. C. de bonis, quae liberis*, patri datur ius adeundi hereditatem, ac ſi ipſe eſſet inſtitutus ideoque prius conditio ſubſtitutionis locum haud habere videatur; quam ſi pater hereditatem repudiauerit: 2) quod filii factum nocere haud poſſit patri ſecundum *L.* 25. §. *pen. D. ad SC. Trebellian.* 3) Filius et pater habeantur pro vna perſona adeoque patre adeunte, filius excludat ſubſtitutum, vti cautum eſt *L. fin. C. de impub. et al. ſubſtitut.* neque minus 4) accedat *L.* 13. §. *vlt. D. de adquir. vel omitt. hereditate*, HVGO DONELLVS, *libr.* VI. *commentar. iuris ciuil. cap.* 24. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* IV. *controu. cap.* 63. PETR. GREG. THOLOSANVS, *ſyntagm. iuris vniu. libr.* XXXXII. *cap.* 15. ANTON. FABER, *de error. pragmaticor. decad.* XXXIII. *error.* 7. GEORG. ADAM. STRVVIVS *exerc.* XXXIII. *theſ.* XIII. *tom.* II. p. 744. atque *euolution. controuerſiar.* p. 456. ſed nobiscum conſpirant CHRIST. PHIL. RICHTER *de prima et ſecund. hered. inſtit. aff.* I. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* 6. p. 184.

§. XXVIII.

Digitized by Google

§. XXVIII.

Licet heres institutus heredes post mortem relinquat, ad quos alioquin hereditatem etiam ante eius aditionem ipso iure transmittere potest; ad illos tamen hereditas haud peruenit, si ille viuus hereditatem haud adiit ipsique alius vulgariter est substitutus.

1) Si quis vulgariter est substitutus, heres semper existit, vbi institutus hereditatem haud adiit, siue illud non velit; siue non possit. Eo in casu institutus hereditatem non adiit ideoque substituto quoque illa est tribuenda. 2) Quicumque heres non est suus, ille nec ad suos heredes ipso iure transmittere hereditatem potest; talis autem heres, cui alius est substitutus, pro suo haud est habendus, licet arctissimum sit vinculum, quo cum testatore est iunctus. Si enim heres necessarius, si velit, instituitur, ex necessario fit voluntarius, vt ex *L.* 69. *D. de hered. instituend.* ac *L.* 12. *D. de condit. instit.* constat, ac quis non videt, hac ratione heredi suo hereditatem relinqui, vbi ei quisquam vulgariter substituitur? Dissentiunt propterea quod de testatore ob *L. vn. pr. C. de caduc. toll.* semper praesumendum sit, eum non solum sibi; sed filio quoque suo prospicere voluisse; neque credendum, eum testandi modum elegisse, quod filii commodis inprimis obesse queat, ob *L.* 3. *D. de testam. milit.* ac semper quisquam filio impuberi in casum vulgarem substituisse sit censendus, *L.* 4. *D. de vulg. et pupill. substit.* neque minus impubes heres necessarius patri existit, *L.* 12. *D. de adquir. hered.* GEORG. ADAM. STRVVIVS, *syntagm. iuris ciuilis. ex.* XXXIII. *thes.* 15. ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad Institut. tit. de vulgari ac pupillari substitut. ac select. quaest. libr.* III. *cap.* 23.

23. CHRIST. THOMASIVS, *not. ad Huber. prael. tit. de vulg. et pupill. substitut. num.* 5. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* 6. §. 15. p. 962.

§. XXVIIII.

Si quis substitutus est postumo hicque plane non nascitur, substitutus sine dubio hereditatem capit.

Controuersiam positio haec respicit eo nomine vel minimum attentione nostra dignam, quoniam de illa iam litigarunt L. CRASSVS et Q. MVCIVS SCAEVOLA, vti refert CICERO, *libr.* 1. *de oratore cap.* 2. Concludimus merito ex eo, quod substitutum omnibus aliis, excepto postumo, testator praetulerit, ad eum quoque peruenire debere hereditatem, si postumus lucem haud adspiciat: quumque secundum *L.* 25. §. *Lucius D. de liberis et postumis* id, quod testator disposuit in fauorem nepotis, quem adhuc, quum conderet testamentum, exspectaret, vtile quoque est ei, qui isto momento iam lucem, ignorante testatore, adspexerat, sine dubio quoque talis substitutus pro se adlegat testamentum, si postumus, cui erat substitutus, lucem plane haud viderat. Eo minus quoque dubitandum est, ita explicare testamentum, quod eiusmodi substitutionem, postumo factam, contineat, quum imperator IVSTINIANVS *L.* 4. *C. de postumis* rumpi, natiuitate filiifamilias viuo testatore facta, testamentum negat, licet is saltem heres sit institutus, qui intra decem menses post mortem testatoris lucem adspexerit; non tamen omnes recentiores iurisconsulti ita sentiunt. Cum Mucio Scaeuola, qui substitutum a hereditate excludendum censeret, conueniunt, quod substitutio ad casum restricta videretur, qui haud obtineret: ne-

neque minus casus a testatore omissus ordinarie non esset supplendus: immo conditio defieeret, sub qua substitutio esset facta Iac. Menochivs, *cons.* 532. Ant. Peregrinvs, *libr.* II. *cons.* 55. Andr. Alciatvs, *libr.* IX. *respons.* 44. L. autem Crasso adhaerent Andr. Fachinaevs, *libr.* IV. *controu. iuris*, *cap.* 46. Io. Bertrandvs, *libr.* III. *consil.* 144. atque alii. Legas Sam. Stryckivm, *de cautel. testam. cap.* XVIII. *membr.* II. §. 8.

§. XXX.

Substitutio vulgaris, minori facta, hereditate a herede instituto adita, euanescit, licet ille contra aditionem in integrum restituatur.

1) Restitutio in integrum minori concessa, tertio maiori prodesse nequit. 2) Vbi institutus heres sit, cessare substitutionem: ex *L.* 5. *C. de impuber. et al. substitut.* est notum; minor autem, qui hereditatem adiit, heres est factus; nec desiit esse heres, quum in integrum est restitutus; sed heres manet, teste Papiniano, *L.* 7. §. 10. *D. de minor.* Quum 3) iure praetorio *L.* 2. *D. de succeff. edict.* sancitum esset, vt, si quis cognatus proximior, minorennitatem nondum egressus, bonorum possessionem adeptus est, ad illam peruenire haud potuerit remotior, quamuis ille in integrum esset restituendus. Improbare quidem videtur 4) hancce opinionem Vlpianvs, *L.* 7. §. 10. *D. de minor.* eo in casu, vbi hereditas non sit soluendo, et respicit per id ad constitutionem Pii atque Antonini, qua permissum est testatori obaerato seruum heredem scribere, ne ipsius bona eius nomine venirent; sed reuera non improbat ac vel minimum per id euidenter, quando defunctus aes alienum non contraxit, supra memoratam regu-

Digitized by Google

regulam comprobat. *) Diſſentiunt, quoniam in interpretatione vltimae voluntatis ad id potiſsimum, quod teſta-

*) Verba VLPIANI, quae *L.* 7. §. 10. *D. de minoribus* profert, omnem merentur attentionem. PAPINIANVS in loco, quem VLPIANVS eius ex *libr.* II. *reſponſorum* excitat, duplicis caſus meminit. Quum in vtroque minori ſubſtitutus fuit ſeruus neceſſarius, atque in priori minor hereditatem repudiaui; contra repudiationem autem in integrum fuit reſtitutus, in poſteriori minor adierat hereditatem; poſtea vero idque ſine omni dubio praeuia reſtitutione, in integrum ab illa abſtinuerat. PAPINIANVS non potuit non, prius ſi accideret, minorem admittere ad hereditatem, atque ab illa ſeruum excludere ac ſolum animaduertit, ſeruum, quum ſemel libertatis particeps eſſet factus, repudiata a minore hereditate, manere liberum, licet reſtituere eum oporteret hereditatem; ſeruum autem ſimul heredem fieri negabat, licet iam excluſus eſſet a hereditate per aditionem hereditatis a minore facta, ſi contra illam eſſet in integrum reſtitutus: *ſi autem prius minor adiit et mox abſtentus eſt, ſubſtitutum pupillo ſeruum cum libertate non poſſe heredem exiſtere; neque liberum eſſe.* Omnia haec refert VLPIANVS et iam, quid hac de re ſentiat, addit idque eo modo, vt hac in re, certa tamen ratione PAPINIANVM reprehendat, quum ipſi opponit, ſubſtitutum fieri heredem neceſſarium, ſi hereditas non ſit ſoluendo atque ideo heres inſtitutus hereditate abſtineat; poſtea vero, ex ſententia PAPINIANI ſeruum heredem haud manere, animaduertit, ſi minor reſtitutus ſit contra abſtentionem. Omnino cum REINH. BACHOVIO ad τα πρωτα, *tit. de minor. cap.* 5. atque EVERARD. OTTONE, in *Papiniano*, *cap.* XIII. p. 470. conſentio, quum monent, cenſuram VLPIANI *ieiunam eſſe cauillationem*; neque hoc in caſu PAPINIANO in mentem venit negare, quod extra omnem dubitationem erat, ſeruum ſubſtitutum heredem fieri neceſſarium, ſi inſtitutus heres haud hereditatem adeat; ſed ſeruus ſubſtitutus, quod hereditas non ſit ſoluendo. Quum deinde heres, qui ſemel hereditatem adiit, ſemper heres manet et ſolum actiones vtiles inſtituto reſtituere debet minori, eidem iſto in caſu adfingit quoque, vt recte OTTO obſeruat, opinionem, quam nullo modo amplecti voluit, quumque pupilli extranei meminit

teſtator intendit, reſpiciendum hicque ſubſtitutione ſemel declarauerit, excludi velle heredem ab inteſtato in totum ac *L. 44. D. de re iudicata* ad ſubſtitutum per-

nit, qui hereditatem haud repudiauit; ſed ab illa abſtinuit, nonnulli eruditorum integritatem verborumeius in dubium vocarunt, quemadmodum ex iis patet, quae protulerunt ECKERT. LEONINVS, *libr.* V. *emendat. cap.* 18. FERDINANDVS DE RETES *libr.* I. *opuſc. cap.* 10. atque alii. Iam non inquiramus, quatenus iure id adfirmari queat: merito tamen hoc loco moneo, VLPIANVM haud omnia reprehendere, quod tradiderat PAPINIANVS. Ait 1) ſolum: *per omnia non verum eſſe*, hocque modo haud obſcure ſignificat, ipſi ſolum huius iurisconſulti ſententiam ex parte displicere. Quum omnia, quae VLPIANVS profert, ſolum priorem caſum tangunt, quo minor hereditatem repudiauit ac contra repudiationem in integrum reſtitutionem ſit conſequutus, tacite ea adprobat, quae ſtatuit PAPINIANVS de poſteriori caſu: immo haud tuto adſerere nobis licet, eum discedere voluiſſe in quaeſtione, quatenus heres maneat ſeruus, ſi aduerſus repudiationem minor in integrum ſit reſtitutus. Si quoque 2) lex noſtra ſolum loquitur eo de minore, cui ſeruus neceſſarius ſit ſubſtitutus, haud falli mur, vbi ab eo ad alium ſubſtitutum concludamus atque exiſtimemus, multo minus alium ſubſtitutum hereditatem capere poſſe, vbi minor eam adiit ac contra aditionem reſtitutionem in integrum nactus eſt, quum PAPINIANVS de ſeruo, herede neceſſario, quem obaeratus ſolum eum in finem heredem inſtituit, ne ipſius nomine bona veneant, tantum loquitur ac fauor, quo teſtator fruitur, vbi eo potiſſimum conſilio heredem quemdam nuncupat, ad alium extendi nequit. Etſi 3) huius caſus claris verbis mentio haud fiat in lege noſtra; eius tamen deciſio fieri poteſt ipſius ex ratione hocque modo omnino eſt generalis. Tandem omnino vnice 4) iurisconſultus hoc loco ſupponit, hereditatem haud ſoluendo eſſe: neque ſine ratione dicit iurisconſultus: *ſi non ſoluendo eſt hereditas.* Notanda haec inprimis ſunt contra auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* I. *med.* XXXII. p. 134. praeter eos autem multa quoque, lectu digna, hoc de eſſato VLPIANI protulit SAM. DE COCCEII *iur. controuerſo, libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* 8.

peruenisse bona fradit, licet iam heres filia instituta ex contractu paterno sit condemnata ac postea illa, auctore tutore a hereditate abstinuerit, nec non ob *L.* 24. §. 4. *D. de minor. L.* 1. §. 10. ac L. 2. §. 10. *D. ad SC. Treb.* ANDR. FACHINAEVS, *controuersiar. iuris, libr.* IV. *cap.* 73. ANTON FABER *coniect. libr.* III. *cap* 4. GEORG. AD. STRVVIVS, *synt. iur. ciuil. exerc.* XXXIIII. *thes.* 17. et CAR. AVG. TITTEL, *diss de substituto vulgari per institutum adeuntem non excluso et non adeuntem excluso,* cIↃIↃCCLIII atque auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* I. *med.* XXXII. p. 194 sq. sed nostram adprobant sententiam ANTON. PEREZ, *comm. ad Cod. tit. impub. et al. substit.* REINH. BACHOV. *ad Treutler vol.* II. *diss.* XI. *thes.* 7. ARNOLD. VINNIVS, *libr.* I. *quaest. cap.* 14. et SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaest.* 6. cum aliis.

§. XXXI.

Is, cui pater quemdam substituere vult, sub patria eius potestate non solum tempore mortis; sed etiam eo, quo testamentum condit, esse debet.

1) Vtriusque temporis rationem hic haberi, ex legibus constat. Quod ad tempus substitutionis attinet, nemini dubium fore speramus; quin filius, cui heredem nominare vult pater, eo momento, quo ipsi substituitur, esse debeat patriae potestati subiectus, quum non solum imperator ait, patrem solum liberis substituere, quos quis actu in potestate habet, *pr. I. de pupillari substitut.* sed etiam VLPIANVS, *L.* 2. *pr D. de vulg. et pupill. substit* solum parentibus facultatem substituendi liberis concedit, *si sint in potestate.* Neque vero minus mortis tempore liberos eodem sub statu esse debere,

IAVOLENVS, *L.* 41. §. 2, *D. de vulg et pupillari ſubſtit.* teſtatur, dum, ſubſtitutionem pupillarem irritam fieri, ſcribit, vbi mortis tempore non fuerint in familia. 2) Ad vtrumque tempus reſpiciendum eſſe, eodem loco IAVOLENVS monſtrat per particulam: *quoque*, de cuius vi Io. STRAVCHIVS, *lex particularum iuris*, p. 215. edit. DIETMARI loquitur. Qui diſſentiunt, prouocant ad *L.* 41. §. 2. *D. de vulg. et pupill. ſubſtit. L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* atque *L.* 17. *D. de ſtatu hominum* àc ſimul argumentum petunt ex ſubſtitutione poſtumi *L. vlt. D. de collationibus* petitia. Ex his praeter antiquiores, ACCVRSIVM, PAVL. DE IMOLA, PAVL. CASTRENSEM, REINH. BACHOVIVS, *comm. ad inſtitut. tit. de ſubſtit.* FERD. VASQVIVS, *de ſucceſſione. part.* II. §. 44. *num.* 59. FRANC. CONNANVS, *libr.* X. *commentar. iuris ciuilis*, *cap.* 18. *num.* 2. ac FORT. ODDO, *de ſubſtitut. part.* III. *quaeſt.* IV. *num.* 4. nominauimus: noſtra ſententia ſe tuetur HEI. FR. VLRIC. HVNNII, auctoritate *reſolut. iuris ciuil. libr.* II. *tract* VI. *quaeſt.* II. et GEORG. AD. STRVVII, *ex.* XXXIII. *theſ.* 24.

§. XXXII.

Mater pupillariter ſubstituere non potest.

Quod ſolum fundamentum habet in patria poteſtate, illud non; niſi patri competit; neque in matre exerceri poteſt in liberos. Subſtitutio pupillaris deſcendit ex patria poteſtate atque in illa tantum fundata eſt *L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut. pr. I. de pupill. ſubſtitut.* hancque ob rem matri illam tribuere haud poſſumus. Qui aliud ſtatuunt, praeſidium in *L.* 33. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* quaerunt; ſed noſtra opinio placuit iam SAM. DE COCCEII *iur. contr. libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* I. p. 291.

§. XXXIII.

§. XXXIII.

Non neceſſe est, vt testator pupillarem ſubstitutionem ſub formula: *ſi heres erit et inter pubertatem deceſſerit*, peragat.

Si hoc neceſſarium foret, exheredato nunquam pupillariter ſubſtitui poſſe, extra omne eſſet dubium poſitum; ſed exheredato quoque ſubſtitui poteſt. Conſtat idem quoque ex *L.* 28. *pr. D. de reb. auctoritate iud.* ei autem opponi ſolet formula in ſubſtitutione vſitata: *ſi heres erit et intra pubertatem deceſſerit*, ſecundum *pr.* ac §. 4. *I. de pupill. ſubſtitut.* verumtamen ſupra adlatis argumentis refutat LAVTERBACHIVM ſuum, contrariam fouentem opinionem, SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVIII. *tit* v. *quaeſt.* 12. p. 292.

§. XXXIV.

Substitutio pupillaris expreſſa complectitur vulgarem tacitam.

1) Diuus Marcus et Verus, teſte *L. 4. pr. D. de vulgari et pupillar. ſubſtitut.* conſtituerunt, ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, id in vtrumque caſum eſſe intelligendum, quumque addunt: *ſiue filius heres; non exſtiterit ſiue exſtiterit et impubes deceſſerit*, ſatis luculenter his verbis indicant imperatores, per alterum caſum ſubſtitutionem intelligi pupillarem. 2) Rem clarius adhuc ſignificat *L. 4. §. 2. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* 3) Quia vulgaris ſubſtitutio ordinarie pupillarem complectitur, non immerito argumentamur, vulgarem quoque contineri ſub pupillari, praeſertim quum in quauis vltima voluntate ad teſtatoris mentem eſt reſpiciendum, hicque per pupillarem ſatis abunde declarat, ſe non velle hereditatem transmitti ad heredes ab

IAVOLENVS, *L.* 41. §. 2, *D. de vulg et pupillari ſubſtit.* teſtatur, dum, ſubſtitutionem pupillarem irritam fieri, ſcribit, vbi mortis tempore non fuerint in familia. 2) Ad vtrumque tempus reſpiciendum eſſe, eodem loco IAVOLENVS monſtrat per particulam: *quoque*, de cuius vi Io. STRAVCHIVS, *lex particularum iuris*, p. 215. edit. DIETMARI loquitur. Qui diſſentiunt, prouocant ad *L.* 41. §. 2. *D. de vulg. et pupill. ſubſtit. L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* atque *L.* 17. *D. de ſtatu hominum* ac ſimul argumentum petunt ex ſubſtitutione poſtumi *L. vlt. D. de collationibus* pernilia. Ex his praeter antiquiores, ACCVRSIVM, PAVLL. DE IMOLA, PAVLL. CASTRENSEM, REINH. BACHOVIVS, *comm. ad inſtitut. tit de ſubſtit.* FERD. VASQVIVS, *de ſucceſſione. part.* II. §. 44. *num.* 59. FRANC. CONNANVS, *libr.* X. *commentar. iuris ciuilis*, *cap.* 18. *num.* 2. ac FORT. ODDO, *de ſubſtitut. part.* III. *quaeſt.* IV. *num.* 4. nominamus: noſtra ſententia ſe tuetur HELFR. VLRIC. HVNNII, auctoritate *reſolut. iuris ciuil. libr.* II. *tract* VI. *quaeſt.* II. et GEORG. AD. STRVVII, *ex.* XXXIII. *theſ.* 24.

§. XXXII.

Mater pupillariter ſubstituere non potest.

Quod ſolum fundamentum habet in patria poteſtate, illud non; niſi patri competit; neque a matre exerceri poteſt in liberos. Subſtitutio pupillaris deſcendit ex patria poteſtate atque in illa tantum fundata eſt *L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut. pr. I. de pupill. ſubſtitut.* hancque ob rem matri illam tribuere haud poſſumus. Qui aliud ſtatuunt, praeſidium in *L.* 33. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* quaerunt; ſed noſtra opinio placuit iam SAM. DE COCCEII *iur. contr. libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* I. p. 291.

§. XXXIII.

§. XXXIII.

Non neceſſe est, vt testator pupillarem ſubstitutionem ſub formula: *ſi heres erit et inter pubertatem deceſſerit*, peragat.

Si hoc neceſſarium foret, exheredato nunquam pupillariter ſubſtitui poſſe, extra omne eſſet dubium poſitum; ſed exheredato quoque ſubſtitui poteſt. Conſtat idem quoque ex *L. 28. pr. D. de reb. auctoritate iud.* ei autem opponi ſolet formula in ſubſtitutione vſitata: *ſi heres erit et intra pubertatem deceſſerit*, ſecundum *pr.* ac §. 4. *I. de pupill. ſubſtitut.* verumtamen ſupra adlatis argumentis refutat LAVTERBACHIVM ſuum, contrariam fouentem opinionem, SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVIII. *tit* V. *quaeſt.* 12. p. 292.

§. XXXIV.

Substitutio pupillaris expreſſa complectitur vulgarem tacitam.

1) Diuus Marcus et Verus, teſte *L. 4. pr. D. de vulgari et pupillar. ſubſtitut.* conſtituerunt, ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, id in vtrumque caſum eſſe intelligendum, quumque addunt: *ſiue filius heres; non exſtiterit ſiue exſtiterit et impubes deceſſerit*, ſatis luculenter his verbis indicant imperatores, per alterum caſum ſubſtitutionem intelligi pupillarem. 2) Rem clarius adhuc ſignificat *L. 4. §. 2. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* 3) Quia vulgaris ſubſtitutio ordinarie pupillarem complectitur, non immerito argumentamur, vulgarem quoque contineri ſub pupillari, praeſertim quum in quauis vltima voluntate ad teſtatoris mentem eſt reſpiciendum, hicque per pupillarem ſatis abunde declarat, ſe non velle hereditatem transmitti ad heredes ab

IAVOLENVS, *L.* 41. §. 2, *D. de vulg et pupillari ſubſtit.* teſtatur, dum, ſubſtitutionem pupillarem irritam fieri, ſcribit, vbi mortis tempore non fuerint in familia. 2) Ad vtrumque tempus reſpiciendum eſſe, eodem loco IAVOLENVS monſtrat per particulam: *quoque*, de cuius vi Io. STRAVCHIVS, *lex particularum iuris*, p. 215. edit. DIETMARI loquitur. Qui diſſentiunt, prouocant ad *L.* 41. §. 2. *D. de vulg. et pupill. ſubſtit. L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* atque *L.* 17. *D. de ſtatu hominum* ac ſimul argumentum petunt ex ſubſtitutione poſtumi *L. vlt. D. de collationibus* petenda. Ex his praeter antiquiores, ACCVRSIVM, PAVLL. DE IMOLA, PAVLL. CASTRENSEM, REINH. BACHOVIVS, *comm. ad inſtitut. tit. de ſubſtit.* FERD. VASQVIVS, *de ſucceſſione. part.* II. §. 44. *num.* 59. FRANC. CONNANVS, *libr.* X. *commentar. iuris ciuilis*, *cap.* 18. *num.* 2. ac FORT. ODDO, *de ſubſtitut. part.* III. *quaeſt.* IV. *num.* 4. nominamus: noſtra ſententia ſe tuetur HELFR. VLRIC. HVNNII, auctoritate *reſolut. iuris ciuil. libr.* II. *tract* VI. *quaeſt.* II. et GEORG. AD. STRVVII, *ex.* XXXIII. *theſ.* 24.

§. XXXII.

Mater pupillariter ſubstituere non potest.

Quod ſolum fundamentum habet in patria poteſtate, illud non; niſi patri competit; neque a matre exerceri poteſt in liberos. Subſtitutio pupillaris deſcendit ex patria poteſtate atque in illa tantum fundata eſt *L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut. pr. I. de pupill. ſubſtitut.* hancque ob rem matri illam tribuere haud pollumus. Qui aliud ſtatuunt, praeſidium in *L.* 33. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* quaerunt; ſed noſtra opinio placuit iam SAM. DE COCCEII *iur. contr. libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* I. p. 291.

§. XXXIII.

§. XXXIII.

Non neceſſe est, vt testator pupillarem ſubſtitutionem ſub formula: *ſi heres erit et inter pubertatem deceſſerit*, peragat.

Si hoc neceſſarium foret, exheredato nunquam pupillariter ſubſtitui poſſe, extra omne eſſet dubium poſitum; ſed exheredato quoque ſubſtitui poteſt. Conſtat idem quoque ex *L.* 28. *pr. D. de reb. auctoritate iud.* ei autem opponi ſolet formula in ſubſtitutione vſitata: *ſi heres erit et intra pubertatem deceſſerit*, ſecundum *pr.* ac §. 4. *I. de pupill. ſubſtitut.* verumtamen ſupra adlatis argumentis refutat LAVTERBACHIVM ſuum, contrariam foventem opinionem, SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVIII. *tit* v. *quaeſt.* 12. p. 292.

§. XXXIV.

Substitutio pupillaris expreſſa complectitur vulgarem tacitam.

1) Diuus Marcus et Verus, teſte *L. 4. pr. D. de vulgari et pupillar. ſubſtitut.* conſtituerunt, ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, id in vtrumque caſum eſſe intelligendum, quumque addunt: *ſiue filius heres; non exſtiterit ſiue exſtiterit et impubes deceſſerit*, ſatis luculenter his verbis indicant imperatores, per alterum caſum ſubſtitutionem intelligi pupillarem. 2) Rem clarius adhuc ſignificat *L. 4. §. 2. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* 3) Quia vulgaris ſubſtitutio ordinarie pupillarem complectitur, non immerito argumentamur, vulgarem quoque contineri ſub pupillari, praeſertim quum in quauis vltima voluntate ad teſtatoris mentem eſt reſpiciendum, hicque per pupillarem ſatis abunde declarat, ſe non velle hereditatem transmitti ad heredes ab

IAVOLENVS, *L.* 41. §. 2, *D. de vulg et pupillari ſubſtit.* teſtatur, dum, ſubſtitutionem pupillarem irritam fieri, ſcribit, vbi mortis tempore non fuerint in familia. 2) Ad vtrumque tempus reſpiciendum eſſe, eodem loco IAVOLENVS monſtrat per particulam: *quoque*, de cuius vi Io. STRAVCHIVS, *lex particularum iuris*, p. 215. edit. DIETMARI loquitur. Qui diſſentiunt, prouocant ad *L.* 41. §. 2. *D. de vulg. et pupill. ſubſtit. L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* atque *L.* 17. *D. de ſtatu hominum* ac ſimul argumentum petunt ex ſubſtitutione poſtumi *L. vlt. D. de collationibus* pernilla. Ex his praeter antiquiores, ACCVRSIVM, PAVLL. DE IMOLA, PAVLL. CASTRENSEM, REINH. BACHOVIVS, *comm. ad inſtitut. tit de ſubſtit.* FERD. VASQVIVS, *de ſucceſſione. part.* II. §. 44. *num.* 59. FRANC. CONNANVS, *libr.* X. *commentar. iuris ciuilis*, *cap.* 18. *num.* 2. ac FORT. ODDO, *de ſubſtitut. part.* III. *quaeſt.* IV. *num.* 4. nominamus: noſtra ſententia ſe tuetur HELFR. VLRIC. HVNNII, auctoritate *reſolut. iuris ciuil. libr.* II. *tract* VI. *quaeſt.* II. et GEORG. AD. STRVVII, *ex.* XXXIII. *theſ.* 24.

§. XXXII.

Mater pupillariter ſubstituere non potest.

Quod ſolum fundamentum habet in patria poteſtate, illud non; niſi patri competit; neque a matre exerceri poteſt in liberos. Subſtitutio pupillaris deſcendit ex patria poteſtate atque in illa tantum fundata eſt *L.* 2. *pr. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut. pr. I. de pupill. ſubſtitut.* hancque ob rem matri illam tribuere haud poſſumus. Qui aliud ſtatuunt, praeſidium in *L.* 33. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* quaerunt; ſed noſtra opinio placuit iam SAM. DE COCCEII *iur. contr. libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* I. p. 291.

§. XXXIII.

§. XXXIII.

Non neceſſe est, vt testator pupillarem ſubstitutionem ſub formula: *ſi heres erit et inter pubertatem deceſſerit*, peragat.

Si hoc neceſſarium foret, exheredato nunquam pupillariter ſubſtitui poſſe, extra omne eſſet dubium poſitum; ſed exheredato quoque ſubſtitui poteſt. Conſtat idem quoque ex L. 28. *pr. D. de reb. auctoritate iud.* ei autem opponi ſolet formula in ſubſtitutione vſitata: *ſi heres erit et intra pubertatem deceſſerit*, ſecundum *pr.* ac §. 4. *L. de pupill. ſubſtitut.* verumtamen ſupra adlatis argumentis refutat LAVTERBACHIVM ſuum, contrariam fouentem opinionem, SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVIII. *tit* v. *quaeſt.* 12. p. 292.

§. XXXIV.

Substitutio pupillaris expreſſa complectitur vulgarem tacitam.

1) Diuus Marcus et Verus, teſte L. 4. *pr. D. de vulgari et pupillar. ſubſtitut.* conſtituerunt, ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, id in vtrumque caſum eſſe intelligendum, quumque addunt: *ſiue filius heres; non exſtiterit ſiue exſtiterit et impubes deceſſerit*, ſatis luculenter his verbis indicant imperatores, per alterum caſum ſubſtitutionem intelligi pupillarem. 2) Rem clarius adhuc ſignificat L. 4. §. 2. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* 3) Quia vulgaris ſubſtitutio ordinarie pupillarem complectitur, non immerito argumentamur, vulgarem quoque contineri ſub pupillari, praeſertim quum in quauis vltima voluntate ad teſtatoris mentem eſt reſpiciendum, hicque per pupillarem ſatis abunde declarat, ſe non velle hereditatem transmitti ad heredes ab

teſtator intendit, reſpiciendum hicque ſubſtitutione ſemel declarauerit, excludi velle heredem ab inteſtato in totum ac *L.* 44. *D. de re iudicata* ad ſubſtitutum per-

nit, qui hereditatem haud repudiauit; ſed ab illa abſtinuit, nonnulli eruditorum integritatem verborumeius in dubium vocarunt, quemadmodum ex iis paret, quae prorulerunt ECBERT. LEONINVS, *libr.* V. *emendat. cap.* 18. FERDINANDVS DE RETES *libr.* I. *opuſc. cap.* 10. atque alii. Iam non inquiramus, quatenus iure id adfirmari queat: merito tamen hoc loco moneo, VLPIANVM haud omnia reprehendere, quod tradiderat PAPINIANVS. Ait 1) ſolum: *per omnia non verum eſſe*, hocque modo haud obſcure ſignificat, ipſi ſolum huius iurisconſulti ſententiam ex parte displicere. Quum omnia, quae VLPIANVS profert, ſolum priorem caſum tangunt, quo minor hereditatem repudiauit ac contra repudiationem in integrum reſtitutionem ſit conſequutus, tacite ea adprobat, quae ſtatuit PAPINIANVS de poſteriori caſu: immo haud tuto adſerere nobis licet, eum discedere voluiſſe in quaeſtione, quatenus heres maneat ſeruus, ſi aduerſus repudiationem minor in integrum ſit reſtitutus. Si quoque 2) lex noſtra ſolum loquitur eo de minore, cui ſeruus neceſſarius ſit ſubſtitutus, haud fallimur, vbi ab eo ad alium ſubſtitutum concludamus atque exiſtimemus, multo minus alium ſubſtitutum hereditatem capere poſſe, vbi minor eam adiit ac contra aditionem reſtitutionem in integrum nactus eſt, quum PAPINIANVS de ſeruo, herede neceſſario, quem obaeratus ſolum eum in finem heredem inſtituit, ne ipſius nomine bona veneant, tantum loquitur ac fauor, quo teſtator fruitur, vbi eo potiſſimum conſilio heredem quemdam nuncupat, ad alium extendi nequit. Etſi 3) huius caſus claris verbis mentio haud fiat in lege noſtra; eius tamen deciſio fieri poteſt ipſius ex ratione hocque modo omnino eſt generalis. Tandem omnino vnice 4) iurisconſultus hoc loco ſupponit, hereditatem haud ſoluendo eſſe: neque ſine ratione dicit iurisconſultus: *ſi non ſolvendo eſt hereditas.* Notanda haec inprimis ſunt contra auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* I. *med.* XXXII. p. 134. praeter eos autem multa quoque, lectu digna, hoc de eſtato VLPIANI protulit SAM. DE COCCEII *ius controverſ. libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* 8.

peruenisse bona tradit, licet iam heres filia instituta ex contractu paterno sit condemnata ac postea illa, auctore tutore a hereditate abstinuerit, nec non ob *L.* 24. §. 4. *D. de minor. L.* 1. §. 10. ac *L.* 2. §. 10. *D. ad SC. Treb.* ANDR. FACHINAEVS, *controuersiar. iuris, libr.* IV, *cap.* 73. ANTON FABER *coniect. libr.* III. *cap* 4. GEORG. AD. STRVVIVS, *synt. iur. ciuil. exerc.* XXXIIII. *thes.* 17. et CAR. AVG. TITTEL, *diss de substituto vulgari per institutum adeuntem non exclusо et non adeuntem exclusо*, cIↃIↃCCLIII. atque auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *vol.* I. *med.* XXXII. p. 194 sq. sed nostram adprobant sententiam ANTON. PEREZ, *comm. ad Cod. tit. impub. et al. substit.* REINH. BACHOV. *ad Treutler vol.* IX. *diss.* XI. *thes.* 7. ARNOLD. VINNIVS, *libr.* I. *quaest. cap.* 14. et SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaest.* 6. cum aliis.

§. XXXI.

Is, cui pater quemdam substituere vult, sub patria eius potestate non solum tempore mortis; sed etiam eo, quo testamentum condit, esse debet.

1) Vtriusque temporis rationem hic haberi, ex legibus constat. Quod ad tempus substitutionis attinet, nemini dubium fore speramus; quin filius, cui heredem nominare vult pater, eo momento, quo ipsi substituitur, esse debeat patriae potestati subiectus, quum non solum imperator ait, patrem solum liberis substituere, quos quis actu in potestate habet, *pr. I. de pupillari substitut.* sed etiam VLPIANVS, *L.* 2. *pr D. de vulg. et pupill. substit* solum parentibus facultatem substituendi liberis concedit, *si sint in potestate.* Neque vero minus mortis tempore liberos eodem sub statu esse debere,

§. XXXIII.

Non neceſſe est, vt testator pupillarem ſubstitutionem ſub formula: *ſi heres erit et inter pubertatem deceſſerit*, peragat.

Si hoc neceſſarium foret, exheredato nunquam pupillariter ſubſtitui poſſe, extra omne eſſet dubium poſitum; ſed exheredato quoque ſubſtitui poteſt. Conſtat idem quoque ex *L.* 28. *pr. D. de reb. auctoritate iud.* ei autem opponi ſolet formula in ſubſtitutione vſitata: *ſi heres erit et intra pubertatem deceſſerit*, ſecundum *pr.* ac §. 4. *L de pupill. ſubſtitut.* verumtamen ſupra adlatis argumentis refutat LAVTERBACHIVM ſuum, contrariam fouentem opinionem, SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVIII. *tit* V. *quaeſt.* 12. p. 292.

§. XXXIV.

Substitutio pupillaris expreſſa complectitur vulgarem tacitam.

1) Diuus Marcus et Verus, teſte *L. 4. pr. D. de vulgari et pupillar. ſubſtitut.* conſtituerunt, ſi pater impuberi filio in alterum caſum ſubſtituiſſet, id in vtrumque caſum eſſe intelligendum, quumque addunt: *ſiue filius heres; non exſtiterit ſiue exſtiterit et impubes deceſſerit*, ſatis luculenter his verbis indicant imperatores, per alterum caſum ſubſtitutionem intelligi pupillarem. 2) Rem clarius adhuc ſignificat *L. 4. §. 2. D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* 3) Quia vulgaris ſubſtitutio ordinarie pupillarem complectitur, non immerito argumentamur, vulgarem quoque contineri ſub pupillari, praeſertim quum in quauis vltima voluntate ad teſtatoris mentem eſt reſpiciendum, hicque per pupillarem ſatis abunde declarat, ſe non velle hereditatem transmitti ad heredes ab

Digitized by Google

inteſtato: immo ad eùm hereditas potiſſimum pertinere debet cui illam prae aliis optauit defunctus. 4) Ex ſanctione *L. 4. C. de impub. ſubſtitut.* et *L. 4. §. 1. D. de vulg. et pupill.* ſolum eo in caſu ſubſtitutio vulgaris ſub pupillari non comprehenditur, vbi, patrem illam ſub hac comprehendere non voluiſſe, adpareat: vbi itaque non adparet, ſecundum ipſas has leges pupillariter ſubſtitutus tacite ſimul vulgariter ſubſtitutus, eſt cenſendus. Pro noſtra ſententia pugnant SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* XXVIII. *tit.* VI. *quaeſt.* 10. p. 290. ARNOLD. VINNIVS, *ſelect. quaeſt. libr.* II. *cap.* 24. HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *reſolut. iur. libr.* II. *tract.* VI. *quaeſt.* 7. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. pol. diſp.* XII. p. 185. Ei opponitur *L.* 28. *D. de rebus auctor. iudicis poſſ.* ac *L.* 21. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.*; neque minus interpretatio extenſiua eiusmodi ſucceſſionum interdicta *L.* 10. *D. de liber. et poſthum.* a VIGLIO *ad pr. I. de pupill. ſubſtitut.* atque aliis.

§. XXXV.

Substitutio pupillaris directa ad modum fideicommiſsi inflecti potest.

Quum *L.* 15. *C. de teſtam.* differentia verborum ciuilium et precariorum in teſtamento penitus eſt ſublata, merito concludimus, illam haud conſiderari in ſubſtitutione: qui autem illud adſirmant, potiſſimum ad formandam ſuam opinionem prouocant ad *L. 7. D. de vulg. et pup. ſubſtitut.* qua traditur, ſruſtra fieri verbis ciuilibus ſubſtitutionem poſt decimum quartum annum et ad *L.* 15. *D. eiusd. tit.* Noſtra ſententia placuit SIMON. VAN LEEVWEN, *cenſ. for. part.* II. *libr.* III. *cap.* 6. *nr.* 16. REGNERO AB OOSTERGA, *cenſur. ad dig. vol.* II. *diſp.* XXXX. et FRID. ES. PVFENDORFIO, *obſ. iur. vniu. tom.*

tom. III. p. 10. et discedimus itaque a IAC. CVIACIO, *libr.* XI. *obseruat. cap.* XXV. THOM. PAPILLONIO, *de subst. pupill. cap.* IV. *tom.* IV. *thesaur. iuris Rom. Ottoniani*, p. 722. atque EVERARD. OTTONE, in *Papiniano*, p. 709. aliam fouentibus opinionem.

§. XXXVI.

Mater per substitutionem pupillarem expressam legitima, ipsi alioquin ex hereditate filii impuberis competente, tam iure antiquo; quam recentiori priuari potest.

Iure antiquiori extra omne dubium id positum est, quum solum mater de bonis, quae filius possedit, legitimam poscere potuit; sed non possidere posset filius, quamdiu sub patria potestate esset et quidquid ille adquireret, non sibi; sed patri adquireretur: immo mater ante senatus consultum Tertullianum liberis non succederet. Neque vero mutatum id est iure recentiori. Si in testamento eiusmodi matri legitima esset relinquenda, necesse esset, vt ipsi querelam inofficiosi contra illud instituere liceret. Sed hoc non ei est licitum. Non solum id 1) ex eo videmus, quod testamentum tale, non a filio; sed patre conditum, officio haud aduersetur, quod illi erga eius matrem incumbit ideoque haud comparandum sit cum testamento, quod parentes querela inofficiosi impugnare possunt; verum etiam 2) ex legibus. VLPIANVS claris verbis hoc in casu matri querelam denegat, *L.* 8. §. 5 *D. de inofficioso testamento* ac in *L.* 9. *C. de impuber. et aliis substitut.* imperator de quasi pupillari substitutione, eam nullo modo esse impugnandam querelastatuit. Loquitur saltim ea de substitutione quam *Iustinianeam, exemplarem* vocant; sed quum nonsine caussa addit, hoc constitui, *ad exemplum pupillaris substitutionis*, tacite idem de pupillari confirmat Aduersarii, quorum in nu-

mero locum tuentur: CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *deciſ.* XXXXV. Io. HARPRECHTVS, ad *princ. Inſt. de pupill. ſubſtit. num.* 47. Io. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 8. §. 5. *D. de inoff. teſtamento* SIGM. FINCKELTHAVSIVS *obſ.* XXIX. Io. SCHILTER *ex.* XV. §. 18. atque inter recentiores SAM. REICHEL, *in progr. vtrum legitima ex filii teſtamento a patre condito competat matri*, Lipſ. CIↃIↃCCLVII. ſententiam ſuam defendere ſtudent partim ex *L.* 30. 32. 36. §. 1. *C. de inoff. teſt.* partim ex officiis liberorum erga matrem, quorum nomine teſtamentum conditur; ſed ſententiam, quae nobis placuit, inprimis defendunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* VIII. *def.* I. et *libr.* VI, *reſp.* 29. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtam. cap.* XVIII. *membr.* II. p. 707. Io IAC. HEISLERVS, diſſ. *de pupill. ſubſtitut. matrem excludente*, §. XV. GE. SAM. MADIHN *de viciſſitudinibus ſubſtitut. impuberis*, Hal. CIↃIↃCCLXIX. ac perillustris DE CANNEGIESSER, in *collect. notabil. deciſion. ſupr. tribun. Haſſe Caſſellani, tom.* I. p. 247.

§. XXXVII.

Neque tacita ſubstitutio pupillaris querela inofficiosi a matre impugnari potest.

1) Quidquid valet de ſubſtitutione pupillari expreſſa, illud quoque adfirmandum eſt de tacita, *L.* 4. *D. de vulg et pupill. ſubſtitut.* 2) Loquitur *L.* 9. *C. de inſtit. et ſubſtitut.* de ſubſtitutione tacita pupillari quumque eo ſolum in caſu matrem, defuncto impubere filio, admittit, vbi mater ei, dum adhuc in vtero fuit, coheres ſit data atque partus, poſtquam in lucem eſt editus, iterum deceſſit, ſatis luculenter ſimul nos docet, excluſam alioquin eſſe matrem per hanc ſubſtitutionem. 3) Eadem ratione mirum in modum alia exceptio, huic re-

Digitized by Google

regulae data, illam ipſam corroborat, quam inuenimus in *L. 4. C. de impuber. et al. ſubſtitut.* Admittit ALEXANDER ſolum matrem eum in caſum, vbi pupillus ipſam non adiit hereditatem; ei tamen ita ſolum alter, Firmianus, eſt ſubſtitutus, vt verba, quibus vſus eſt teſtator, tantum adprobare videatur vulgarem ſubſtitutionem. Nonne itaque ſubſtitutus huius ex legis ſanctione matrem ab tota hereditate excludit, ſi eius ſubſtitutio pupillaris haud contineret vulgarem? 4) Tradit id *L. 4. D. de vulgari et pupillari ſubſtitutut.* ſecundum quam id valet de tacita pupillari ſubſtitutione, quod valet de expreſſa. Qui aliud exiſtimant, prouocant potiſſimum ad *L. 8. C. de vulg. et pup. ſubſtitut. L. fin. C. de inſtit. ac ſubſtitut.* minirum IAC. CVIACIVS, *libr.* XII. *obſ. cap* 27. DIONYS GOTHOFREDVS ad *L. 9. C. de inſtitut. et ſubſt.* IOACH. HOPPIVS, *comm. ad inſtitut. de pupill. ſubſtitut.* Io. HENRIC. BERGERVS, *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* IV. §. 18. *not.* 6. atque alii; ſed meam ſententiam adprobant GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* XXXIII. *theſ.* XXIX. ac Io. IOD. BECK, *animadu. in Hoppium* p. 133. Eandem defendi in *not. ad inſtitutiones*, editioni *commentarii Hoppiani*, a me procuratae, adiectis, *tom.* I. p. 450. neque minus amplexus eſt Io. BALTH. KVSTNER, *diſſ. de pupillari teſtamento, praeterita impuberis matre, rato*, Lipſiae, CIↃIↃCCLXXXVIII.

§. XXXVIII.

Etiam auus aeque ac auia legitima priuari poſſunt, per ſubstitutionem pupillarem.

Quoniam illud ex iisdem argumentis ſponte ſua ſequitur, quibus matri, vbi ſit praeterita, legitima denegatur, ad illa iam lectorem ablego. Neque opus eſt,

yt ea adferam, quibus vtuntur aduerſarii. Quum iidem ſunt, qui pro matre pugnant, non minus ſuam ſententiam ex iisdem ratiqnibus probare ſtudent, quas pro matre proferre ſolent; ſed ſolum moneo, ideo quaeſtionem hanc memoratu dignam eſſe, quod ipſi iuris conſulti Lipſienſes in illo haud conſpirauerint: immo inter illos, qui noſtra in academia floruerint, diſſidium fuerit. Iurisconſulti Lipſienſes docuerunt, neque auum neque auiam legitima priuari potuiſſe, teſte SIG. FINCKELTHAVSIO *obs.* XXIX. Ab iis diſceſſerunt Scabini Lipſienſes, teſte CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* 8. *def.* 5. Horum caſtra ſunt ſequuti noſtrates, teſte RICHTERO *deciſ.* 45. Sed praeter FROMMANNVM ac RIEMERVM aliud ſtatuebat Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Romani*, *ex.* XIV. §. 36.

§. XXXIX.

Subſtitutio militaris directa, quae vltra pubertatis terminum extenditur, valet.

1) Contigit pagano, vt, ſi vltra tempus pubertatis filio ſuo quemdam ſubſtituit, voluntas eius tanquam fideicommiſſum ſaluum maneat. Hoc quum ita ſit, neceſſe eſt, vt militis ſubſtitutio tanquam directo talis ſubſiſtat, quum illa priuilegiata ac plus conceſſum eſt militi; quam pagano. 2) Clare dicit PAPINIANVS, *L.* 15. *D. de vulgari et pupillar. ſubſtitut.* ſubſtitutionem, a centurione filio, ſi intra quintum et vigeſimum annum vita deceſſerit, factam, valere. 3) Comparat ſolum *L.* 8. *C. de impuber. et al. ſubſtit.* cum cauſſa fideicommiſſi, teſtamentum militis, quo ſubſtituit filio vltra pubertatis annos. 4) Si ſubſtitutus bona, quae ex eiusmodi ſubſtitutione ad eum proueniunt, capit iure communi, illa non ſolum valere poteſt tanquam fideicom-

commissum; sed capit ille ea bona iure communi, teste *L.* 15. *D. de vulg. et pupill. substitut.* Dissentiunt ii, qui solum substitutionem istam, tanquam fideicommissariam valere arbitrantur, quoniam L. 8. C. *de impub. et al. substitut.* solum substituto veluti ex caussa fideicommissi, si filius post pubertatem moreretur, bona, quae patris eius fuerunt, a matre petere permittat eaque ab herede petenda censeat; nec ciui Romano testamenti factio sit adimenda, secundum *L.* 28. *D. de testam. militis* nempe IAC. CVIACIVS, *libr.* XI. *obseruat. cap.* 25. IAC. GOTHOFREDVS. *not. ad L.* 8. *C. de impuberi et al. substitution.* BENED. CARPZOV, *libr.* III. *const.* VIII. *def.* 20. IAC. MENOCHIVS, *libr.* IV. *de praesumtion. praes.* 52. et Io. GOTTFR. BAVERVS *de substitut. militari.* Lipsiae CIↃIↃCCXXVIII. §. 14. sed mecum conspirat GEORG. ADAM STRVVIVS, *syntagm. iuris ciuil. ex.* XXXIII. *thes.* 39. cum aliis.

§. XL.

Mater liberis quasi pupillariter substituere potest, etsi ad secunda vota transierit.

Vbi lex non distinguit, nec iurisconsultus distinguere debet; sed *L.* 9. *C. de impub. et al. substitut.* sine distinctione matri facultas substituendi tribuitur. Quod liberorum in fauorem introductum est, eo priuari haud possunt ob secunda matris vota. Exemplaris illa substitutio omnino introducta est, vt prospiceretur liberis, Ob *L.* 22. *C. de administrat. tutor.* HVGO DONELLVS *libr.* VI. *commentar. iuris ciuil. cap.* 27. ac Io. STRAVCHIVS, *diss. Iustinianeis diss.* IX. *thes.* 19. dissentiunt; sed aliud existimant Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 9. *C. de impub. et aliis substit.* BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* VIII. *def.* 15. ac LVD. MENCKE, *gymnas. iuris polem. disp.* XII. *thes.* 10. p. 184.

§. XLI.

Exheredato exemplariter ſubstitui nequit.

1) Cauſſa facultatis, liberis exemplariter ſubſtituendi haud quaerenda eſt in patria poteſtate; ſed amore ſingulari aduerſus miſerabiles perſonas, qui in exheredante cogitari nequit. Si quis 2) exemplariter filio ſubſtituere vult, furioſus vt hic sit, neceſſe eſt, vti ex natura ſubſtitutionis patet; vbi vero filius eſt furioſus, rite non poteſt exheredari, ſiue delictum, ob quod exheres ſcribendus eſt, commiſerit, antequam in furorem inciderit; ſiue ſit poſtea factum; quibus autem aliud placuit, ii ideo exheredato exemplariter ſubſtitui poſſe putant, quod in pupillari illud liceat ac multo magis infortunium exheredati augeretur; neque minus prouocant ad *L.* 1. §. 2. ac *L.* 10. §. 5. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut.* ac §. 4. *I. de pup ſubſtitut.* FERD. VASQVEZ, *controu. illuſtr. cap.* 100. VINC. FVSAR *de ſubſt. quaeſt.* 100. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtam. cap.* XVIII. *membr.* III. §. 11. G. A. STRVVIVS, *ex.* XXXIII. *theſ.* 36. *tom* II. p. 764. et *euolut. controuerſiarum, libr.* XXVIII. *tit.* V. p. 457. ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad* §. 1. *Inſt. de pupill. ſubſtitut.* et PETR. DE TOVLLIEV, *collectaneis, diſſ.* XIV. p. 367. Tandem mediam eligit viam V. C. LVD. GOTHOFREDVS MADIHN, *opuſc. de viciſſitudinibus ſubſtitutioni, exemplari eiusque vera indole,* §. XI. p. 28.

§. XLII.

Parenti, qui exemplariter ſubstituere vult, non opus est, vt omnibus heredibus neceſſariis filii, cui ſubstituitur, relinquat legitimam.

Sal-

Digitized by Google

Saltem IVSTINIANVS praeſcribit parentibus *L. 9. C. de impuber. et al. ſubſtit.* relinquere legitimam iis deſcendentibus filii mente capti, quos voluerint; nec ſine cauſſa querelam inofficioſi contra eiusmodi teſtamentum locum habere ſine diſcrimine negat. Idem quoque ſequentibus verbis atque inprimis loquendi formula: *non liceat parenti alios; quam ex eo deſcendentes, vnum vel certos, vel omnes ſubſtituere: ad fratres eorum vnum; vel certos; vel omnes eamdem fieri ſubſtitutionem* ſignificat. Quodcunque 2) de pupillari ſubſtitutione valet illud quoque valet de exemplari, quumque iſta vnum ſaltim conſtituat teſtamentum, idem quoque de hac adfirmandum eſt. Hoc quum quondam adprobarent Io. STRVVIVS, *diſſ. Iuſtinian. diſſ.* IX. *theſ.* 29. ac HVG. DONELLVS, *comm. iuris ciuil. libr.* VI. *cap.* 27. aliud ſtatuerunt ob *L.* 45. *D. de vulg. et pup. ſubſtit.* ac *nou.* XVIII. *cap.* III. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXIII. *theſ.* 34. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. pol.* p. 185. Recentiori tempore quoque is hac de re agitata eſt inter ANT. LVDOVIC. SEIPIVM, diſſ. *de ſubſtitut. exemplari mente capti haud conditionali*, Gottingae cIↃIↃCCXXXIX. et LVD. GOTTFR. MADIHN, *loc. laudat.*

§. XLIII.

Etiam raro fratres ac ſorores vnilaterales eius, cui exemplariter ſubstituitur, ipſorum a vitrico; ſeu nouerca illi ſunt ſubstituendi.

1) Si integram conſtitutionem, quam IVSTINIANVS de exemplari promulgauit ſubſtitutione, percurrimus, videmus legislatorem, quum definit, quas perſonas ſubſtituere debeat teſtator in exemplari ſubſtitutione, haud reſpexiſſe ad vinculum, quo cum illis teſtator iunctus eſt; ſed potius illud, quo-

quo cum iis heres eſt ligatus, cui ſubſtituitur, quoniam teſtamentum loco illius potius condi ſolet. Licet itaque ſola adfinitas locum habeat inter teſtatorem eiusne prinignum haecque reuera haud fundamentum praebeat ſucceſſionis; ſcimus tamen, ſanguinis vinculum reperiri inter illum, cui ſubſtituitur eiusque fratres ac ſororem, ſi quoque tantum ſit vnilaterale, ideoque eorum quoque a vitrico; vel vitrico rationem habendam eſſe ſtatuimus. 2) Quodcunque de fratribus; vel ſororibus generatim ſancitum eſt, illúd quoque valet de vnilateralibus; in lege autem adlegata generatim praecipitur, ad *fratres eorum vnum, vel certos vel omnes eamdem fieri ſubſtitutionem oportere.* 3) Quum hoc modo normam praebet IVSTINIANVS iis, qui exemplarem ſubſtitutionem ſuſcipere volunt: neceſſe fuiſſet, vt adieciſſet, hocce ſaltim intelligendum eſſe, quando fratres hi ſubſtituentium eſſent filii, ſi ſaltim hoc in caſu eſſent nominandi; verum enimuero hac diſtinctione peditus ſuperſedet. Mecum conſpirat LVDOV. GOTTFR. MADIHN *opuscula viciſſitudines ſubſtitutionis exemplaris eiusque veram indolem continente*, Halae, clɔlɔccLxxv. Impugnauit eius ſententiam AVG. FRID. SCHOTTVS, *in der vnparteiiſchen Critic*, *vol.* VII. *Stück* LXIII. p. 231. et quidem potiſſimum ideo, quod imperatorem potius perſonas ſubſtituendas ex perſonis ſubſtituentium aeſtimaſſe credit hocque ex liberis, qui teſtatori: vel teſtatrici ſint, ſapientibus, concludit; ſed cauſſam MADIHNI hac in lite egit Io. SIGISMVND. GRVBERVS, *diſſ. de ſubſtitutione exemplari fratrum atque ſororum*, Altorfiii clɔlɔccLxxxII.

§. XLIV.

Digitized by Google

§. XLIV.

Exemplariter ſubſtitutus omnia lucratur bona eius, cui est ſubstitutus ac ordinarie inter ea distinctio haud est facienda.

1) Concludimus illud partim ex claris verbis IVSTINIANI, *L.* 9. *C. de impuber. et al. ſubſtitut.* partim ex natura ſubſtitutionis pupillaris, in exemplarem translata. Nobiscum facit modo laudatus MADIHN *loc. cit.* THOM. PAPILLONIVS, diſſ. *de directis heredum ſubſtitutionibus, tom.* IV. *theſ. iuris ciuil.* EVER. OTTONIS, p. 758. atque alii; iis autem repugnant HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *reuolut. libr.* II. *tract.* VI. *quaeſt.* 19. ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad* §. 1. *I. de pupill. ſubſtit.* ac HERM. BECKER, diſſ. *de pupillari ſubſtitutione intuitu bonorum aduentitiorum nulla*, Roſtochii cIↃIↃCCXXXXVI. et nec minus ad memoratam legem aeque ac *L.* 9. *D. de teſtam. milit.* prouocant.

§. XLV.

Non adcurate formata est definitio legati a Iustiniano, quum illud vocat *donationem quamdam a defuncto relictam, ab herede praeſtandam.*

Plura ſunt vitia, quibus definitio haec laborat. Quum 1) addit imperator voculam *quaedam*, ipſe haud obſcure ſignificat, ſpeciem eſſe donationis et videtur quidem characteres quoque ſpecificos adieciſſe; ſed vel omnes per id recenſentur; vel non. Priori caſu reprehendendus eſt, quod voculam hanc, tanquam abundantem adiecerit; poſteriori autem reprehenſionem meretur, quod iſtum characterem, quem verbo hoc indicare voluit, non curate determinauerit. Eadem ratione 2) vitium

tium ſeſe nobis offert in eo, quod donatio haec à herede ſit praeſtanda, quum non ſolum legatum ſaepenumero praeſtatur a legatario; ſed fieri quoque poteſt, vt defunctus ipſe donatario legatam rem tradiderit. Perſpexerunt vitia haec iam THEOPHILVS, qui *paraphraſ. inſtit. tom.* 1. p. 455. edit. REITZII verba vltima omiſit, ac EGV. BARO, *comm. ad inſtit. tit. de legat*, p. 298. iis autem aduerſantur, quod legatum ſpecies donationis impropriae ſit hocque per voculam, *quaedam* indicetur: quid quod heres in ſenſu generaliori quemuis ſucceſſorem, ſiue ſit vniuerſalis; ſiue ſit particularis, ſecundum *L.* 229. *D. de V. S.* RAD. FORNERIVS, *libr.* I *ver. quotidianar. cap.* III. ARN. VINNIVS, *comm. ad inſtit. tit. de legatis*, p. 471. ANT. MARCILIVS, *not. ad inſtit.* p. 290. ed. Io. VAN DE WATER ac SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXX. *quaeſt.* 2. Legas ea, quae *diſſ. de legat. in alterius arbitrium collato, tom.* 1. *opuſculorum*, p. 209. ſqq. expoſui.

§. XLVI.

Res, quae extra commercium legatarii exiſtit, inutiliter legatur.

Duplex eſt genus rerum, quae alicui legantur eique haud in commercio ſunt, quum vel generatim in hominum; vel in legatarii ſolum haud exſtant commercio. De illis cuilibet eſt notum, eas haud legari poſſe; nec quis vnquam illud in dubium vocabit; num autem idem ſtatuendum ſit de rebus, quae non ſunt in legatarii commercio? alia eſt quaeſtio, quam adfirmare haud dubitamus. Nam 1) certum eſt, donatorem donare haud poſſe, quod donatarius non poſſit ſibi adquirere, L. 9. §. *vlt. D. de donation.* 2) Qui rei commercium non habet, eum iſtam inutiliter ſibi ſtipulari, te-

teſtatur *L.* 34. *D. de verb. oblig.* ac per id haud obſcure nobis indicat, in ſtipulationibus haud intereſſe, vtrum res ſaltem *relatiue*; an *abſolute* ſit extra commercium, ſi modo is, qui eam ſibi adquirere vult, illius haud habet commercium; nonne vero, hoc poſito, idem exiſtimare debemus de vltimis voluntatibus, quibus res, quae extra commercium exiſtit, ſit relicta? 3) Improbat PAVLLVS, *L.* 49. §. 2. *de legat.* 2. ſententiam TREBATII, qui exiſtimabat, legari tibi poſſe agrum, cuius commercium non habes atque conſentit cum PRISCO FVLCINIO, qui falſum hoc eſſe, ſtatueret. Vltimum 4) denique argumentum petimus ex ipſa *leg.* 40. *D. de legat.* 1. Ante omnia haud ſtatuimus, eam medicina criticorum quadam indigere, licet id CVIACIVS, ad *L.* 34. *D. de verb. obl.* ac *not. ad inſt. de leg.* ac ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad inſt. tit. de legatis*, p. 807. hac de re a ROBERTO, *libr.* III. *animadu. cap.* II. ac HOTTOMANNO, *libr.* I. *amicab. cap.* 25. reprehenſi, exiſtiment; praeterea autem eam magis fauere putamus nobis; quam repugnare. Quum iuriſconſultus eo ſolum in caſu aeſtimationem deberi putat, vbi is, cui res ſit praeſtanda, ſolum ius haud habet eam poſſidendi ipſique illa praeſtatur per fideicommiſſum, haud fallimur, vbi ſimul ex eo conſtare ſtatuamus, legatum eſſe inutile, ſi is, cui res eſt deſtinata, eius non habet commercium atque illa ipſi immediate relinquatur. Opponuntur huic ſententiae inprimis *L.* 11. §. 16. *D. de leg.* 3. *L.* 114. §. 5. *D. de leg.* 1. ac *L.* 40. *D. de leg.* 1. Aliud ſtatuunt Io. ROBERTVS, *libr.* IV. *animaduerſ. cap.* II. FRANC. DVARENVS, ad *L.* 40. *D. de leg.* 1. atque alii; ſed noſtram probant ſententiam SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXX. p. 542. et GEORG. AD. STRVV, *ſyntagm. iur. ciuil. ex.* XXXV. *theſ.* 9. p. 861. ac *euolut. controuerſiar. libr.* XXX. p. 468.

§. XLVII.

§. XLVII.

Supellectili legata, ſub ea argentum, quod teſtatori ab altero pignori est datum, non continetur, ſiue vſus eius creditori a debitore fuerit conceſsus; siue id haud sit factum.

Duplici membro conſtat propoſitio haec. Quod ad prius pertinet, euidenter id teſtatur PAPINIANVS, *L.* 9. §. 2. *D. de ſupellectil. legat.* quum negat, eiusmodi argentum, pignori acceptum, contineri ſub ſupellectili omni legata, atque eius rei rationem in eo ponit, quod in vſu creditoris id argentum voluntate debitoris non fuit; neque vero minus poſterius extra dubitationem poſitum eſt. Licet enim vſus eius pignoris conceſſus ſit creditori, penes debitorem manet dominium: immo tradit VLPIANVS, *L.* 73. §. 2. *D. de leg.* 3. debitorem legare poſſe res, quae pignori datae ſunt: quo vero, quaeſo, pacto creditori id licet, ſi debitori id permittunt leges? Aliud ſtatuit priori in caſu, CLAVD. SALMASIVS, *de modo vſurar. cap.* 14. p. 631. quod pactum antichreticum hoc loco ſupponi putat. Neque minus hoc ſi fiat, argentum ſub ſuppellectili legata comprehendi credit Io. LVDOV. CONRADI, *reprehenſorum libro ſing.* p. 125. ſed ab his discedit GERH. NOODTIVS, *libr.* II. *obſeruat. cap.* 10. *tom.* II. *oper.* p. 325.

§. XLVIII.

Etsi legatarius, legato ipsi genere, vsque eo procedere haud poſsit, vt a rebus a teſtatore relictis, ſub hoc genere compreheusis, optimam eligat; et tamen electio haud est deneganda.

Prius

Prius membrum huius propositionis haud est controuersum et solum hoc loco praemittitur, vt constet, quibus terminis posterius a me circumscribatur. Quum illud clare patet partim ex eo, quod nulla profecto esset differentia inter legatum generis atque optionem legatam: partim ex *L. 37. pr. D. de legat. 1.* ac rescripto illo, a diuo SEVERO atque ANTONINO CARACALLA dato, quo cautum, ne homine legato actor *) eligatur: neque minus hoc extra omnem dubitationem positum. Concludimus illud potissimum ex effato VLPIANI *L. 71. D. de leg 1.* vti illud exhibetur in codice Florentino, quum eius lectio profecto lectionibus aliarum editionum omnino est praeferenda. *Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adiectum, quae domus: cogentur heredes quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare.* Neque minus 2) idem liquet ex L. 32. §. 1. *D. de leg. 1.* secundum quam heres, si testator plures seruos, Stichi nomen gerentes, habet; neque adparet, de quo Sticho senserit, quem elegerit, ipsi praestare debet. Tandem 3) generatim IVSTINIANVS, §. 22. *I. de legatis* regulam profert: *si generaliter seruus vel res alia legatur, electio legatarii est; nisi aliud testator dixerit.* Ab iis, quibus aliud placet, ante omnia huic sententiae eadem VLPIANI opponuntur verba; secundum eas tamen lectiones, quarum vna habetur in editione vulgata; altera au-

*) actor erat is seruus, cui administratio totius fere rei familiaris erat commissa ideoque reliquis praeferri solebat. Respicit ad eum PLAVTVS *asin. sc.* II. *act.* IV. *v.* 15. 52, neque minus eius mentionem faciunt PLINIVS, *libr.* III. *ep.* 19. n. 2. ac COLVMELLA, *libr.* I. *cap.* 7. hocque modo lucem quoque accendunt quibusdam iuris ciuilis locis, nimirum *L.* 1. *t. D. de off. praef.* ac *L.* 16. *D. de public. et vectigal.* LAVR. PIGNORIVS, *de seruis*, p. 304.

Digitized by Google

autem in editione HALOANDRINA. Quum ista verba memorata ita profert: *cogetur heres, quam volet domum ex his* cet. in HALOANDRINA legitur: *cogentur haeredes, quam domum volent ex his.* *) Cum his coniungunt effatum

*) Inter vtramque lectionem ea est differentia, vt vel minimum, si lectio retineatur vulgata, incertum sit, vtrum referendum sit verbum *volet* ad legatarium; an potius ad heredem hocque saltim probabilius fiat ex ipsa vocabulorum locatione; vbi autem Haloandrinam eligamus, non; nisi heredibus tribuere possumus electionem. Etsi multi iurisconsultorum lectionem Florentinam reliquis praeferendam esse censuerint atque in his locum quoque sibi vindicauerit DION. GOTHOFREDVS, quum eam in editione sua corporis iuris retineret; huic autem quoque accesserint HVGO A PORTA, in editionibus *digesti infortiati*, quas procurauit: porro VLRICVS HVBERVS, *praelect. ad tit. dig. de opt. legat.* ac IO. GOTTL. HEINECCIVS, in *additam. ad Vinn. ad §. 22. I. de legat.* sunt tamen quoque et quidem inter eos, quibus cum elegantiore iurisprudentia maxima exstitit familiaritas, qui aliud statuerent, videlicet IACOBVS VOORDA, *interpretationibus atque emendationibus iuris Romani, cap.* XXXV. p. 144. atque ABR. WIELING, *lection. iuris ciuilis, libr.* II. *cap.* X. p. 134. Vterque supponit, VLPIANO hoc loco sermonem fuisse de legato per damnationem hocque ex eo concludunt, quod cogi tradat *heredes dare domum legatario.* Quum penes heredem electio fuerit eiusmodi in legatis, vti statuit VLPIANVS, *fragmenter. tit.* XXIV. §. 14. ac *L.* 45. §. 1. *D. de legat.* omnino potuisse iurisconsultum, colligunt, his verbis heredi electionem relinquere: verum enimuero neque hoc argumentum; neque illud, quod VOORDA ex loco, quem nostra in lege tenent voculae: *quam volent, quam volet, quam vellet,* ducit, ita comparatum est, vt me commouere queant, lectionem Florentinam reliquis postponere. Si quoque VLPIANVS forsan solo de legato per damnationem est loquutus: species tamen praemissa ita est formata, vt adcommodari queat cuilibet legatorum generi, siue id ab ipso VLPIANO; siue a TRIBONIANI manu sit deriuandum et licet omnino reliquiae deprehendantur in digestis distinctionis le-

fatum VLPIANI, *L.* 37. §. 1. *D. de leg.* 1. quo heredi tribuit electionem, ſi de certo fundo ſentiat teſtator; nec adpareat, de quo cogitauerit; vel teſtator lancem legauerit; neque liqueat, quam in mente habuerit. Porro fauere ſibi putant eumdem iurisconſultum, vbi heredi, qui generaliter ſeruum dare damnatus ſit, licentiam tribuit, aegrotum quoque praeſtandi ac *L.* 45. *D. de legat.* 1. et cum hac coniungunt quoque *L.* 110. *D. de leg.* 1. Quum recentiori tempore a PETR. MVLLERO, *ad Struu. ex.* XXXV. *theſ.* XVI. *tom.* II. p. 872. BENED. CARPZOVIO, *dec.* 300. IOACH. HOPPIO, *comm. ad inſtitutiones*, §. 22. *I. de leg.* SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXX. *qu.* 17. p. 543. aliisque, meam fouentibus ſententiam, diceſſit Io. AVG. HELLFELDIVS, *iurisprud. for. libr.* XXXIII. *tit.* V. §. 1539. ſtatuens, heredem, ſi teſtator de electione nil determinauit, dare poſſe rem, quamcunque velit, modo non peſſimam det, contra ipſum ſurrexerunt auctores *der gemeinnützigen iuriſtiſchen Beobachtungen vnd Rechtsfaelle* GMELINIVS aeque ac EISAESSERVS, *vol.* I. p. 167. Cum his quoque facit IVSTVS CLAPROTH, in *der Ab-*

legatorum, quae veteribus placeret; innumera tamen quoque loca ſunt digeſtorum, quae ſapiunt conſtitutionem Iuſtiniani, qua ante confectionem digeſtorum differentias horum legatorum ſuſtulit. Omni itaque iure exiſtimare poſſumus, legis noſtrae verba ita fuiſſe formata, vt in codice Florentino exhibentur quumque legatarii in antecedenti propoſitionis membro mentio eſſet facta, eodem modo ſeſe referre poterant verba *quam vellet* ad legatarium; quam ad heredes: immo multo maiori iure ad eum ſunt referenda, quum de vno quoque legatario pluribusque heredibus eſt ſermo. Ceterum quaedam quoque profert, quae huic legi lucem accendunt, Ios. AVERANIVS, *interpretat. iuris, libr.* IV. *cap.* XIV.

handlung von Teſtamenten, Codicillen, Vermaechtniſſen vnd Fideicommiſſen, cap. XIV. §. 89. p. 321.

§. XXXXVIII.

Area legata, legatario quoque ordinarie cedit, licet ſuperſtructa fuerit postea a testatore.

1) Si in ſtipulatione area eſt promiſſa haecque poſtea ſuperſtructa, debetur, obſeruante PAVLLO, L. 98. §. 8. *D. de ſolutionibus;* ſed a ſtipulatione iure ac merito concludimus ad legata. 2) Rem clarius ſignificat VLPIANVS, *L.* 44. §. 4. *D. de legat.* 1. quum deberi legatario ſcribit domum, areae legatae impoſitam. Neque minus 3) id cenſet IAVOLENVS, L. 59. *D. de legat.* 2. Quae quamuis ita ſe habeant; CELSVS tamen *L.* 79. §. 2. *D. de leg.* 3. effecit, vt in diuerſas diſtraherentur prudentes ſententias *). Qui eam reiiciunt, quam

*) Quoniam CELSVS, *L.* 79. §. 2. *D. de legat.* 3. ſcribit: *area legata, ſi in aedificata medio tempore fuerat ac rurſus area ſit, quamquam tunc peti non poterat, nunc tamen debetur* ac reuera per id legatario illam, ſi haud diruta eſſet aedificium, denegat: IAVOLENVS autem *L.* 30. *D. de legat.* 2. contrarium ſtatuit hancque quaeſtionem pro legatario ita decidit: *ſi areae legatae poſt teſtamentum factum aedificium impoſitum eſt vtrumque debebitur, et ſolum, et ſuperficiem;* neque minus ab memorato CELSO recedit VLPIANVS aeque ac PAVLLVS, quum ille *L.* 44. §. 4. *D. de legat.* 1. domum, quae areae legatae eſſet impoſita, deberi legatario ſcribit ac ſolum regulae exceptionem, ſi teſtator mutauit voluntatem, adiicit; hic vero L. 98. §. 8. *D. de ſolution.* quidem ad aream, alteri legatam, haud reſpicit; ſed de eius ſtipulatione loquitur; nihilominus tamen ſimul haud obſcure quaeſtionem tangit: immo ipſum CELSVM perſtringere videtur: non potuit fieri; quin repugnantia haec omnem attentionem litteratorum excitaret; immo vsque eo progreſſus eſt TORRIVS AB AREZNA, *libr.* XI. *diſſ. iuris ciuilis, cap.* 4. tom.

quam ipse adoptaui, illi potissimum opponunt *L.* 45. §. 2. *de leg.* 1. ac *L.* 79. §. 2. *D. de leg.* 3. Ceterum dissi-

 dium,

tom. VI. *thesauri iuris Romani ac canonici* GERH. MEERMANNI, p. 822. VI, quum imperator *L.* 2. *C. de iur. vet. enucleando* declarasset, non facile digestorum capita inueniri, quae sibi aduersarentur, hoc vel minimum hisce in legibus falli crederet, et licet multa de iis proferret, qua ratione inter se concilianda sint, haud indicare auderet. Alii omnino hac in re periculum virium suarum fecerunt. Quum merito iam iis supersedeo, quae protulerunt ANTON. d'ESPEISSES *dans les oeuvres, tom.* II. p. 130. IVL. PACIVS, *ἐναντιοφανῶν centur.* VII. *quaest.* 15. ac NICOL. DE PASSERIBVS *conciliat. legum*, p. 477. merito animaduerto, plane singularem coniecturam esse IAC. NERII, *libr.* II. *analector. cap.* VI. *tom.* II. *thesauri iuris Romani* EVERARD. OTTONIS, p. 388. quum putet, resolcere CELSVM ad aream deis Manibus destinatam; nondum tamen dedicatam, eumque ideo illam legatario denegasse, quamdiu esset illa inaedificata. Ingenue fateri me oportet, illam mihi haud placere. Ei suffragari haud audeo, quamdiu nondum probatum fuerit, tale aedificium sepulcrale positum fuisse ea in area, de qua CELSO nostro est sermo. Ex verbo *inaedificare* si quoque quondam nonnumquam esset adhibitum de sepulcro, illud colligere haud conor, quum ex *L.* 15. *D. de usufructu*, L. 43. *D. de rei vindicat. L. vlt. D. de pignorat. act.* ac *L.* 30. §. *vlt. D. de adquir. rer. dominio* clare constat, de quolibet aedificio iurisconsultos vocabulum hoc adhibuisse. Multo minus illud vetusto ex monumento, quo Iuuentius Celsus, tamquam promagister memoratur, quodque exhibet IAN. GRVTERVS *corp. inscript.* p. DCVIII. concludendum est. Simili ratione nobis profecto haud satisfacit GEORG. ADAM. STRVVIVS, in *Gothofredi Immo*, p. 260. vbi ea, quae tradit CAIVS, solum de casu intelligit, quo testator eum in finem aedificium areae imposuit, vt legatum legatario adimeret, si perpendimus, iurisconsultum denegasse legatario aream, illo ipsi impositio, post conditum testamentum omni delectu ac discrimine remoto ac si quoque Io. HENR. BERGERVS *resolutionibus legum obstantium* p. 638. aeque ac GVIL. FORNERIVS *selection. libr.* II. *cap.* 16. *tom.* II. *thes. iuris ciuilis* EVERARD. OTTONIS p. 65.

con-

dium, quod hac de re inter iurisconsultos exstitit, satis clare liquet ex iis, quae proferunt IAC. CVIACIVS, *libr.*

concedunt, vnum iurisconsultorum ab altero discedere ac reuera illos sibi invicem repugnare; haud tamen definiunt, qua ratione factum sit, vt dissentirent et quomodo possint eorum effata conciliari. Omnibus his palmam praeripuit EDM. MERILLIVS, quum in his locis vestigia controuersiae inuenit, quae agitata fuit inter veteres iurisconsultos, *loco* supra *indicato*. Illam inter eas referendam fuisse, quae obtinerent inter duas illas celeberrimas sectas, Proculeianos aeque ac Sabinianos, viro summo concedere nequeo. Etsi IVVENTIVS CELSVS inter Proculeianos locum teneret, quemadmodum recte animaduertit GOTTFR. MASCOVIVS, de *sectis Sabinianorum ac Proculeianorum*, *cap.* XII. p. 73. sqq. IAVOLENVS autem Sabinianorum castra sequeretur, vti GOTTL. AVG. IENICHEN, *diss. de Prisco Iauoleno*, Lipsiae, CIↃIↃCCXXXIV. copiosus exponit; memoratu tamen dignum est, AFRICANVM, de quo scimus eum quoque Sabinianum fuisse, hac in re haud cum IAVOLENO; sed potius cum IVVENTIO CELSO fecisse, atque id, quod iste tradiderat, aliis tamen verbis protulisse *L.* 36. *pr. D. de vsufructu: qui vsum fructum areae legauerit, insulam ibi aedificauit: ea vino eo decidit; vel deusta est, vsumfructum deberi existimauit*; sed hoc eum ipsam non tangit, quum plura scimus fuisse iuris capita, in quibus ipsi iurisconsulti vnius sectae haud consentirent. Vel minimum ea, quae tres hi iurisconsulti antiquiores de natu a legati areae, vel eius vsusfructus tradunt, dissidium, quod inter eos ea de re exstitit, abunde comprobant. Sine omni dubio illud itaque VLPIANO, iurisconsulto erciscundo, occasionem praebuit, distinguendi, vbi area a testatore superstructa, illud factum fuerit animo legatum adimendi; an id haud sit eo animo sit factum. Sibi haud contradicit, etsi alio loco, videlicet L. 5. §. 3. *D. quibus mod. vsusfructus vel vsus amitt.* sine distinctione ait: *si areae sit vsusfructus legatus et in ea aedificium sit positum, rem mutari et vsumfructum extingui constat*, quum aliud est legatum areae: aliud hoc loco legatum vsusfructus areae ac non de aedificio est sermo, quod ipse testator extruxit; sed ad illud respicit, quod post mortem testatoris areae est impositum, vti sequentia docent verba; multo minus autem ei repugnat PAVLLVS. Loquitur hic non de legato areae; sed de

libr. III. *obſeruat. cap.* 12. FRANC. SARMIENTO, *libr.* IV. *ſelect. interpretat.* EDM. MERILLIVS, *libr.* VIII. *obſ. cap.* 30. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *euolut. pandectar. libr.* XXX. p. 466. HIERON. DE OROZ, *de apicib. iuris ciuil. libr.* I. *cap.* 4. *num.* 9. atque alii.

§. L.

Legatum dotis constituendae non est legatum conditionale.

1) Quodcumque legatum conditionem, expreſſe adiectam, non habet, illud legatum eſt purum, siue con-

Q 4 di-

de promiſſione eius ſtipulanti facta, *L.* 98. §. 8. *D. de ſolut.* Si quoque certo modo a ſtipulatione ad legatum valet conſequentia, haud tamen poſſumus ſtatuere, eum voluiſſe his verbis refutare diſtinctionem, quam VLPIANVS de legato areae adoptauit ac licet ea, quae CELSVS protulit, ipſi haud placeant eaque potius certa ratione perſtringat: ſolum improbat comparationem inter aream ſuperſtructam hominemque legatum, qui ante mortem teſtatoris ad libertatem peruenit; eam vero poſtea perdidit, et, quam de illo adoptauit, ſententiam. Eam, quae tradiderat de legato areae, prorſus ſilentio praetermittit ac tantum negat, promiſſionem areae alienae, inſula a domino in ea aedificata, extinctam eſſe; ſed vel minimum eius aeſtimationem a promiſſore ſoluendam eſſe animaduertit; ſimul autem addit, partem maximam inſulae aream eſſe atque areae cedere ſuperficiem. Hoc modo haud erramus, ſi in deciſione quaeſtionis, ab VLPIANO factа, adquieſcamus eamque ſequamur quumque ſemel incuria quadam TRIBONIANI eiusque collegarum veſtigia quaedam veteris litigii irrepſerint loca, illam continentia, ex VLPIANO reſtringamus; minime vero conſilii ACCVRSII rationem habeamus, qui verbis vltimis CELSI: *ſeruus quoque legatus, ſi interim manumittatur et poſtea, ſeruus factus, peti poteſt*, particulam negatiuam inſerendam eſſe ſtatuit. Notatus eſt iam hac de re a SIGM. REINH. IAVCHIO, *de negat. pandectar. cap.* XV. p. 30.

ditionem internam in ſe contineat; ſiue etiam ea deſtituta ſit; neque referendum eſt ad conditionata legata L. 99. *D. de condit. et dem.* legatum vero dotis nomine relictum, in ſe ſpectatum, conditionem expreſſe adiectam in ſe haud continet, vti eius notio, ex legibus a V. C DAN. NETTELBLADT, in diſſ. *de legato dotis conſtituendae*. §. 3. eruta, clare patet 2) In ſpecie, quam exhibet L. 71. §. 3. *D. de condit. et demonſtrat.* teſtator non expreſſe cauiſſet, heredem retinere debere legatum, donec nuptiae ſint celebratae, si hoc ex natura legati illius ſequeretur. 3) Neque vero minus hoc comprobant ſequentia verba huius legis, dum clare, purum hoc legatum eſſe, enunciant. Qui aliud ſtatuunt, id ex eo deduci poſſe credunt, quod dos ſeſe referat ad nuptias; nec debeatur; nisi nuptiae ſint ſequutae, ideoque legatum conditionem comprehendere videatur, ſi nuptiae fuerint ſequutae, ſecundum L. 71. §. 3. *D. de condit. et demonſtrat.* Aliud ſtatuunt: BARTOLVS, in L. 73 §. 3. D. *de cond. et demonſtrat.* IAC. MENOCHIVS, *de praeſumtionibus*, *libr.* III. *praeſ.* 156. PETR. HEIGIVS, *quaeſt. iur. quaeſt.* XXXI. BENED. CARPZOVIVS, *diſcept. for part.* III. *conſt.* XIII. *def.* 3. GEORG. ADAM STRVVIVS, *iurisprud. Rom. Germ. libr.* II. *tit.* XXIV. §. I. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtam. cap.* XX. §. 55 ſed ſupra laudat NETTELBLADT, iis aduerſatur; praeterea autem in hanc quaeſtionem inquirit GISB. FREYTAGIVS *conſilio*, *vtrum legatum dotis filiae factum purum*; *an conditionale habeatur*, Colon. CIↃIↃCXV.

§. LI.

Legatum poenae nomine est legatum in casum violationis praecepti, a testatore heredi dati, relictum.

1) Vide-

Digitized by Google

1) Videmus hoc ex caſu eiusmodi legati ab VLPIANO, *fragmentor. tit.* XXIV. §. 17. *in iurisprud. Anteiuſt.* SCHVLTINGII, p. 656. exhibito, quum dicit legatum illud relinqui coercendi heredis cauſſa, *vt faciat quidem; aut non faciat.* *) 2) Conuenit cum illo imperator, quum etiam teſtatur §. *vlt. I. de legat.* coercendi heredis cauſſa legatum relinqui; quo magis aliquid faciat; aut non faciat ac 3) THEOPHILVS, *paraphr. inſtit.* §. *vlt. de legat. tom.* I. p. 473. et ad illum eo maiori iure hoc loco prouocare licet, quum ibi non ſolum interpretem; ſed iuris quoque conſultum peritiſsimum egerit. Noſtrae explicationi opponitur potiſsimum L. 1. *D. de his quae poenae nom.* Maximum tamen inter iurisconſultos hac de re eſt diſsidium, vt vel ex iis liquet, quae hac de re protulerunt CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK, *comm. de legat. poenae nomine, tom.* III. *oper.*

*) Verba ſunt, quae VLPIANO tribuuntur. Iam magnum OVIACIVM offendebat vocula *quidem* eamdemque ob cauſſam eius in locum ſubſtituendum eſſe credebat *quid, not. ad hanc loc.* p. 656. Haec emendatio haud placebat CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK, quum *diſſ. de legat. poenae nomine, cap.* III. *tom.* III. *operum*, p. 361. vel particulam *quidem* retinendam; vel loco illius magis *quiddam*, ſi quis, vt verbis ſummi viri vtar, delicatior, particulam *quidem* ferre nolit, ſubſtituendam cenſet: verum enimuero latius adhuc progreditur Io. CANNEGIESER, *obs. ad Vlpianum, loc. cit.* p. 116. Suspicatur, VLPIANVM ſcripſiſſe *vt faciat quid eiusmodi*; librarium compendio quodam ſcribendi vſum fuiſſe, EMO, quod auctore MAGNONE denotaret *eiusmodi* hocque demum procreaſſe *quidem*. Non facile profecto quisquam coniecturam hanc adprobabit, quae nulla ſimilitudine veri ſe commendat et vbi ſemel emendanda ſit hoc vocula, ea, quam protulit CVIACIVS, reliquis profecto eſt praeferenda. Tuetur GERH. MEERMANNVS iſtam in editione VLPIANI, quae adparuit in *tom.* VII. *theſauri iuris ciuilis* auctoritate cuiusdam codicis; neque minus eamdem retinuit ROEVERVS *diſſ. ad loca quaedam iuriciuilis deprauata*, Lugd. Bat. CIↃIↃCXXIX.

Se-

Digitized by Google

p. 352. GEORG. HENR. AYRERVS, diſſ. *de emendat. definit. legalis legatorum poenae nomine, ad §. 36. I. de leg.* Gotting. cIↃIↃCCXXXII. CHRIST. DAV. BECMANNVS, diſſ. *de legat. poenae nomine relictis*, Halae cIↃIↃCCXXXVIII. et Io. GOTTFR. SAMMET, *exercit. de legat. poenae nomine*, Lipſ. cIↃIↃCCXXXVIII.

§. LII.

Liberatione legata, ius quidem ad rem; minime vero ius in re testator remisiſse creditur.

1) Clare hoc docet L. 28. §. 4. *D. de liberat. legata*, quum, liberatione ab actione tutelae tutori legata, heredi concedit, pecuniam, quae pupillae eſt et apud tutorem posita mansit, poſcere. Conſpirat 2) cum ipſo MODESTINVS, dum ſtatuit L. 20. §. 1. *D. de liberat. legat.* conueniri poſſe curatores, licet ipſis liberatio a ratione curae sit relicta, si quae res teſtatoris penes eos sint *). Sequentia verba etiam mutilata quibusdam videri, non negandum eſt; ſed iis prorſus hoc loco ſuperſedeo.

*) Duo ſunt in digeſtis loca, quae quaeſtionem hanc tangunt; eam tamen ita diuerſo modo decidunt, vt iurisconſulti in eis explicandis multum temporis conſumſerint. Quum vnus eſt vtriusque auctor L. videlicet CERVIDIVS SCAEVOLA, in vno, nempe eo, qui ex libro eius XVI. digeſtorum eſt ſumtus ac L. 28. §. 4. *D. de liberat. legat.* inuenitur, haec profert: *Maenia teſtamento ſuo alterum ex heredibus ſuis actione tutelae voluit liberari his verbis: rationem tutelae, quam egit Iulianus Paullus cum Antiſtio Ciceronе, poſci ab eo nolo eoque nomine cauſſa omni liberatum eſſe volo: Quaero, anſi qua pecunia ex tutela apud eum remanſit, peti ab eo poſſit? Reſpondit; nihil propani, cur pecunia, quae pupillae eſt, et apud tutorem poſita maneret, legata videretur:* altero, qui delibatus eſt ex *libr. XII. reſponſorum*, nimirum *L. 31. §. 2. D. eiusd. tit.* legimus: *Titia, quae duos tutores habuerat, ita cauit: rationem tutelae meae, quam egit Publius Maenius, cum Luc. Titio, repoſci ab eo*

Digitized by Google

Qui aliud ſtatuunt, ad *L. fin.* §. 2. *D. de acceptilat.* *L. 6.* §. 9. *D. de his, qui effud.* aliasque leges prouocant. In-

eo nolo: Quaeritur, an ſi qua pecunia apud eum ex tutela remanſit, peti ab eo poſſit? Reſpondit, nihil proponi, cur non pecunia quae pupillae eſſet et apud tutorem remaneret, legata videretur. Quum 1) quidam iurisconſulti medicina quadam critica poſteriorem locum indigere perſuaſum haberent eamdemque ob cauſſam nonnulli eorum 1) particulam *non* delendam cenſerent, eorum in cenſum ſcribendus eſt ACCVRSIVS, quum *ad illam* ſcribit: *Si habes non abundat. Alias deeſt non et eſt plana et concordat Lex praeced.* 28. §. 4. Hancce coniecturam penitus adprobauit IAC. CVIACIVS, *libr.* XXVI. *obſeruat. atque emendationum, cap.* 30. Quoniam profecto commodiorem viam cogitare non poſſumus, duo effata conciliandi, quae ſibi aperte repugnant, ſi vni particulam negatiuam inſerendam cenſemus: placuit eadem quoque REINH. BACHOVIO, ad *Treutlerum, vol.* II. *diſp.* XIII. *theſ.* 4. *litt. I*, et K. ac SAM. DE COCCEII, *inſt. controuerſo, libr.* XXIV. *tit.* III. *quaeſt.* 1. neque minus ante eum DIDAC. COVARRVVIAS, *libr.* II. *reſolut. cap.* 14. *num.* 1. et ipſe SIG. REINH. IAVCHIVS, *de negat. pandect. Florentinis recte; vel male adiectis* de emendatione Cuiaciana bene iudicant. Ab his ſeſe 2) paullo poſt diſtinguit, *cap.* XVII. p. 308. ac nouam coniecturam, quum ſecundum eam particula negatiua eſt retinenda: copulatiua tamen *et* adiicienda atque verba ipſa ita legenda, vt poſt eam mente vocula *cur* ſit repetenda ſequenti modo: *reſpondit, nihil proponi, cur non: et (cur) pecunia, quae pupillae eſſet et apud tutorem remaneret, legata videretur?* Tandem 3) alias in partes diſcedit FRANC. RYGERSOS, *obſeruat. iuris Romani, cap.* XII. p. 21. quumque hoc capite exponere ſtudet, iurisconſultos ſaepenumero aliud ſaepiſſime, quam quod ſibi propoſuerunt, ſcripſiſſe: immo verba omiſiſſe, illud quoque de SCAEVOLA noſtro in *L. vlt.* §. 2. D. *de liber. leg.* adſerit eumque verbis *legata videretur*, adiicere voluiſſe: *peti ab eo poſſet*; ſed illud neglexiſſe, coniicit. Reuera itaque emendatione quadam vti vult, ſi quoque librarios codicis Florentini quouis modo excuſat; verum tamen II) omnibus his aduerſantur ac religioni ſibi ducunt, in verbis legis, quae ita, vt illa recitaui, in codice Florentino exhibentur, quidquam mu-

Inter eos exſtat REINH. BACHOVIVS, ad *Treutler. vol.* III. *diſp.* XIII. *theſ.* 4. ſed ei refragatur LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. polem. diſp.* XIII. *theſ.* 15. p. 200.

§. LIII.

mutare. Plures eorum ſunt, qui ita ſentiunt; quilibet tamen modum eligit, duo haec loca conciliandi. Anteſignanus eorum ac dux eſt Io. SCHILTERVS, dum *prax. iuris Romani, ex.* XXXIX. §. 108. *et* 109. Scaeuolam duobus his locis diuerſis de caſibus loqui, ex vnico vocabulo *poſita*, quod quidem in vno; haud tamen altero loco occurrat, concludit, quumque ſupponit, ſermonem eſſe *L.* 28. §. 4. *D. de liberat. leg.* de pecunia, quae adhuc in natura apud tutorem poſita eſſet ibique remaneret, altera vero credit, iurisconſultum eamdem voculam conſulto omiſiſſe ac per id ſignificare, nummos, quos deberent tutores, haud eſſe exſtantes; ſed potius conſumtos. Aliam ingreditur auctor *libri ſingularis obſeruationum iuris ciuilis Romani*, qui Hagae Comitum, CIↃIↃCCXXXIII. adparuit. Supponit teſtatricem in vltima quidem ſpecie; non vero in priore praeter legatum liberationis tutori relictum, tertio cuidam, pecuniam ſuam reliquam paratam legaſſe eamdemque ob cauſſam eam, quae maneret iam apud tutorem, illi adiudicaſſe; non vero id ab ipſo ob deficientem in priori ſpecie eſſe factum. Tandem Io. CONR. RVCKERVS non minus hasce leges attentione ſua dignas credidit, *interpret. libr.* II. *cap.* 8. p. 88. ſqu. quumque inter vtramque ſpeciem, a SCAEVOLA propoſitam eam differentiam obtinere cenſuit, quod *L.* 28. teſtatrix non de ſuis; ſed de alienis, videlicet Semproniae tutoribus loqueretur ac *L.* 31. ſermo eſſet de ipſius teſtatricis tutoribus ac priore lege ipſi tutores heredes ſint inſtituti, poſteriore autem tutores, ab herede diuerſi, haud aliter fieri poſſe putauit, quam vt tutorem, cui liberatio contigerat, in priori ſpecie, ab obligatione, reſtituendi paratam pecuniam, abſoluerer; poſteriore vero eius ad reſtitutionem condemnaret. Omnia haec ſi iam paullo curatius perpendimus, omnino quamdam veriſimilitudinem conſequeretur RVCKERI emendatio, ſi certum eſſet, teſtatricem, cuius verba lege priore recitantur, non de ſuis; ſed Semproniae tutoribus loquutam eſſe. Semproniae haud mentio fit ac ſi quoque voculae *meae* hisce verbis haud legitur, vt illud deprehendimus in teſtamento Titiae, ipſi ex natura legati

§. LIII.

Liberationis ab indebito legatum est nullum, licet ſpecies; aut quantitas sit determinata.

1) Cuius legati obiectum euaneſcit; vel nullum eſt, illud quoque eſt nullum; nec vllos effectus producere poteſt, quemadmodum teſtatur *L.* 102. *D. de legat.* 3. illud autem legatum liberationis ab indebito obiectum habet, quod eſt nullum, licet ſpecies; aut quantitas ſit

gati liberationis concludendum eſſe arbitror, in vtraque ſpecie teſtatricis tutores fuiſſe, quorum vnus actione tutelae liberare voluerit. Hanc quum hypotheſin haud ſupponere poſſumus, corruere mihi videtur opinio viri, quem ſemper colui. Simili ratione coniecturae auctoris illius obſervationum, qui nomen ſuum latere voluit, obſtat, quod ne ſyllaba quaedam adſit in priore lege, ex qua colligere liceret, hac in ſpecie praeter legatum liberationis paratam pecuniam tertio eſſe relictam; neque vllo modo differentiam perſpicere poſſum, quae eſſet inter *pecuniam, quae apud tutorem poſita maneret* atque *eam, quae apud iſtum maneret*, vti id arbitratur Io. Schiltervs, quum praeſertim illa in vtraque lege ei opponitur, quod actione tutelae a tutore exigitur. Quum porro in Ryckervsii ſententiam diſcedere ideo haud audeo, quod verba *peti ab eo poſſit* in neutro horum teſtamentorum legantur ac ſi adiiciantur, verbis antecedentibus haud ſunt adcommodata; neque loquendi modo, apud veteres vſitato aptum eſſet legatum, ſi Iavchii coniecturam adoptare vellemus, profecto nihil reſtat; quam vt cum Accvrsio aeque ac Cviacio delendam cenſeam particulam *non*, quae in *L.* 31. §. 2. *D. de liberat. legat.* deprehendatur. Eo minus id ſtatuere dubito, quum, eiusmodi vitiis quasdam leges digeſtorum laborare, non negandum eſt: vnam eamdemque ſpeciem vtraque lege proponi, ex iisdem, quibus id fit verbis, clare conſtat mihique omnino veriſimile eſt, vnium hoc in memoratum locum irrepſiſſe; antequam in digeſtorum corpus migraverit, ſive fit factum incuria eius, qui reſponſa Scaevolae collegit; ſive eorum librarii,

Digitized by Google

ſit legata. Si 2) finis legati obtineri nequit, legatum euaneſcit; ſed illud merito adfirmandum eſt de tali legato, quum eius finis eſt liberatio; illa autem cogitari non poteſt; niſi adſit debitum, a quo legatarius liberatur. Quodcunque 3) legatum eſt liberationis, illud ſaltim producit obligationem negatiuam, ne heres ab altero id petat, a quo liberatio eſt facta. Eam producere nequit, vbi indebitum exiſtit, a quo alter ſit liberandus ideoque reuera eiusmodi legatum eſt nullum. Clare hoc tandem 4) patet ex VLPIANO, qui *L.* 75. §. 2. *D. de legat.* I. legatum nullum eſſe ſtatuit, vbi decem Titio legata ſunt, *quae ipſe leganti debet*; nec quidquam Titius reuera debet. Sunt quidem, qui eum de legato nominis loqui putant, nimirum ANT. FABER, *libr.* V. *coniectur. cap.* 2. ac VLRIC. HVBERVS, *addigeſt. tit. de liberat. legata, num.* 3. ſed ſermonem eſſe hac in lege de legato liberationis, monſtrauit Io. PVNDSACK, *diſſ. de legato liberationis ab indebito*, §. XII. p. 26. Noſtrae ſententiae opponitur *L.* 87. *pr. D. de leg.* 2. ac 13. *I. de leg.* Aliam opinionem tenent praeter FABRVM, Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Rom. exerc.* XXXIX. *theſ.* 15o. VLRICVS HVBERVS *tit. ad digeſta, de liberat. legata num.* 2. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtam. cap.* XX. §. 21. LVD. MENCKE, *tract. ſynopt. dig. tit. de liberat. leg.* IVST. HENNING. BOEHMERVS, *compend. digeſt tit. de liberat. legata*, §. 3. ſed cum nobis faciunt SAM. COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXIV. *tit.* III. *quaeſt.* 2. et modo nominatus Io. PVNDSACK, *diſſ. de legato liberationis ab indebito*, Gottingae CIↃIↃCCLIII. quibus addas GEORG. BEYERVM, *de legat. liberat. ab indebito*, Vitebergae CIↃIↃCCIX.

§. LIV.

Legatum ſub modo relictum est legatum purum.

Con-

Conſtat hoc ex *L.* 4. §. *fin.* ac L. 80. *D. de condit. et demonſtrat.* nec non L. 17. §. 2. *D. de manum. teſtament.* Opponi ſolet huic ſententiae L. 1. et 2. *C. de his, quae ſub modo.* ANT. FABER, *libr.* VI. *cod. tit.* XXII. *def.* 2. vnus eſt eorum, qui aliud docent; ſed ab ipſis alieni ſunt HENR. HAHNIVS ad *Weſenbec. tit. dig. de condit. et demonſtrat. num.* 10. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. polem. disp.* XIV. *theſ.* 2. p. 204.

§. LV.

Quando vni legatus est fundus; alteri autem eius vſusfructus, illi huic ipſum integrum relinquere debet; neque eius partem poſcere potest.

1) Si hoc modo legatum eſt relictum: denegatus eſt penitus ei, cui legatus eſt fundus, vſusfructus. 2) Si vſufructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet, eorum particulam alter legatarius exſpectare haud poteſt; ſed prius clare conſtat ex *L.* 7. *pr. D. de vſufructu.* 3) A iudice ad teſtatorem concludere licet, vti a maiori ad minus. Iam IVLIANVS animaduertit apud VLPIANVM, L. 16. §. 1. *D. de famil. erciſ.* non communicari fundum, ſi alii fundum; alii autem vſumfructum fundi iudex adiudicauerit. Hoc quum obtinet, vbi iudicis adiudicatione id ſit factum: multo maiori iure idem adfirmari debet, vbi teſtator, qui liberiorem facultatem disponendi habet; quam iudex, haec ordinauerit. Contrariae ſententiae auctores potiſſimum ex latiore notione fundi in vltimis voluntatibus praeſidium petunt hocque nomine ad *L.* 19. *D. de vſu et vſufr. leg.* ac *L.* 58. *D. de V. O.* prouocant. Inter hos numerantur ANT. FABER, in *cod. libr.* VI. *tit.* XVII. *def.* 3. HARTM. PISTOR *part.* 1. *quaeſt.* 10. DIDAC. COVARRV-

VIAS,

VIAS, *var. resolut. libr.* II. *cap* 2. *num.* 7. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* XIII. *def.* 7. ac LVD. MENCKE, *gymnas. polem. disp.* XIII *thes.* 13. p. 199. Nobiscum facit IASON ad L. 23. *C. de leg.* ac ANT. GOMEZ *var. resolut. tom.* II. *cap.* 13. *num.* 5.

§. LVI.

Si quis haud declarat, se creditori debitum suo id, quod ipsi debet, legare velle, legatum debiti haud locum habet, licet quantitas legata eadem sit, quam quoque legatario debet; neque interest, vtrum illud debitum sit voluntarium; an potius necessarium.

Quum membrum posterius huius propositionis controuersum est et, quod tradidimus, a quibusdam potissimum in dubium vocatur, si debitum adsit necessarium: sententia nostra potissimum ex eo patet, quod 1) legatum sit semper liberalitas quaedam; vel donatio, secundum §. 1. *I. de legat.* ac L. 116. *D. de legat.* 1. haec autem quoque in debito necessario; siue eo. quod legum ex praescripto praestandum sit, plane cessat, si legitimam saltim quantitatem esse, praesumere vellemus, quam quis praestare deberet. Si 2) legatarius, vbi res, quae iam a testatore, erat oppignerata, praeter eam quoque illud nomen poscere potest, ob quod ipsi res pignori est data, sine dubio quoque praeter quantitatem ipsi legatam eam petit, quam testator ipsi debuit; verum enimuero prius liquet ex L. 85. *D. de leg.* 2. 3) Filiam, cui a patre dos est promissa ac praeterea legatum relictum, dotem promissam ac legatum petit, vti patet ex L. 4. *D. de dot vellet.* Obstat huic opinioni L. 22. §. 3. *D. solut. matr.* neque minus *authent. praeterea C. vnde vir. et vxor.* eamdemque ob rem hac in quaestione haud est conspiratio

ratio inter iurisconsultos. Inter aduersarios numeramus BENED. CARPZOVIVM, *part.* III. *const.* XIII. *def.* 29. MATTH. BERLICHIVM, *part.* III. *conclus.* XXVII. *num.* 29. Io. BRVNNEMANNVM ad L. 21. *D. solut. matr.* Io. HENR. BERGERVM, *oecon. iuris libr.* II. *tit.* IV. *thes.* XXV. *not.* 4. atque AVG. LEYSERVM, *spec.* CCCXCIII. *num.* 3. et 4. nostra autem auctoritate ANDR FACHINAEI, *controu. iuris libr.* V, *cap.* 55. Io. SCHILTERI, *ex.* XXXIX. §. 17. SAM. STRYCK, *vs. mod. libr.* XXX. §. 34. ac *caut. testam. cap.* XX. §. 19. munitur, quibus quoque auctores *der Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. *med.* CCLXI. p. 294. accedunt.

§. LVII.

Legatum pauperibus simpliciter relictum a iudice vni potest adsignari.

Constat hoc iam certo modo ex principio, ex quo deriuari debent, quae traduntur §. 5. *I. de excusat. tutor.* clarius vero liquet ex argumento, quod ducitur ex *L.* 67. §. 7. *D. de leg.* 2. Opponitur *L.* 12. *D. de testibus* ac *L.* 1. *D. de opt. vel elect. legata* a IOACH. MYNSINGERO, *centur.* V. *obs.* 67. ac HIERON. TREVTLERO, *vol.* II. *disp.* XIII. *thes.* 2 sed hoc nomine notantur a REINH. BACHOVIO *ad Treutler. loc. cit.* LVD. MENCKE, *gymnas. iur. polem. disp.* XIII. p. 194. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controuerso, libr.* XXX. *quaest.* 6. p. 338.

§. LVIII.

Si res legatur, in qua tertio condominium; vel pars dominii inter plures diuisi competit, illud saltim dominium legatum esse censetur, quod testator habuit.

Quaeſtio, quam propoſitio haec complectitur iam LABEONIS attentionem excitauerat. Proponit L. 30. §. 4. *D. de leg.* 3. ſpeciem quandam, qua quis ſibi aeque ac ſocio fundum emerat atque finibus diuiſerat; priusquam autem huic pars ipſius eſſet tradita, ab ipſo fundus legatus erat, et, in parte dimidia legatarium adquieſcere debere, pronunciat. Clarius rem tradit VLPIANVS, *L.* 71. §. *fin. D. de legat.* 1. vbi fundo vectigali legato, non videri tradit proprietatem legatam; ſed id ius, quod teſtator habet in vectigalibus. Cum ipſo 3) conuenit PAVLLVS, *L.* 24. *D. de inſtruct. vel inſtrum. legato.* Ibi ſolum legatario, legato fundo cum inſtrumento, illud tantum inſtrumentum tribuit, quod teſtatoris fuit, licet locatus eſſet, atque illud quoque inſtrumentum ibi reperiretur, quod colonus ſibi comparauerat. Si tandem certum eſt, haud praeſumendum eſſe, teſtatorem, legato relicto, voluiſſe heredem ſuum onerare; ſed potuiſſe id relinquere, quod iam habuit, recte quoque ſeſe habet, quod ſupra traditum; verumtamen prius conſtat ex *L.* 36. §. 1. *D. de vſu et vſufructu legato.* Aduerſaria ſententia nititur potiſſimum L. 66. §. 6. ac *L.* 76. §. 2. *D. de leg.* 2. Ea inuenit fautorem in HVG. DONELLO ac *L.* 10. *C. de legat.* noſtram tuetur ARNOLD. VINNIVS *ſel. iuris quaeſt. libr.* II. *cap.* 26.

§. LIX.

Si quis rem ſuam credidit, quae eius heredis est eamque ob rem alteri legauit, valet legatum atque a herede praestandum.

Clare hoc tradit *L.* 67. §. 8. *D. de legat.* 2. eiusque rei rationem in eo ponit, quod dominium penes heredem ſit; neque ipſi opus ſit, vt primum illam comparet.

Con-

Contrarium colligitur ex §. 4. *I. de leg.* atque ita sentit BENED. CARPZOVIVS, *libr.* VI. *resp.* 28. *nr.* 5. Sed ab ipso alieni sunt IAC. CVIACIVS, ad §. 4 *I. de leg.* HVG. DONELLVS, *comm. libr.* VIII. *cap.* 11. Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 67. §. 8. *D. de leg.* 2. et LVD. MENCKE, *gymnas. polem. disp.* XIII. §. 8.

§. LX.

Testatorem cautionem vsufructuariam ei, cui vsumfructum legauit, remittere haud posse, certum quidem est; ex eo tamen, quod fauori alieno renunciare nequeat testator, hicque per remissionem cautionis ad peccandum praebeat occasionem, probari non potest.

Prius tam ex verbis edicti praetorii generatim ac vniuerse prolatis, in quibus praetor proprietario, se ad petendum vsumfructum non actionem daturum esse, si vsufructuarius non satisdabit, *L.* 13. *pr. D. de vsufructu* promittit; quam ex *L.* 7. *C. vt in poss. leg.* constat, quae totam cautionem sub prima eius parte intelligit, obseruantibus GERH. NOODTIO, *libr.* 1. *de vsufructu*, *cap.* 19. *tom.* 1. *oper.* p. 434. et Io. ORDVIN. WESTENBERGIO, *diss. Marc. diss.* XXXV. p. 308. Posterius nemo negabit, vbi consideret, testatori licere ex iuris Romani sententia, heredi suo leges praescribere: ei remittere cautionem legati; seu fideicommissi seruandi caussa ac per id quoque testatorem legatariorum fauori renunciare heredibusque non minus praebere ansam defraudandi legatarios. Dissentiunt ANDR. GAILIVS *libr.* II. *obs.* 145. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* 13. *def.* 12. GERH. NOODTIVS, *loc. excitat.* aliique.

§. LXI.

Legatum eo monetae valore est soluendum, quem tempore conditi testamenti habuit; nisi aliud voluerit testator.

1) Si testator legatario certam destinauit summam, semper, eum ad nummorum valorem respexisse, est censendum, qui fuit eo tempore, quo conderet testamentum, quum non potuit praeuidere mutationem illius valoris ac scire, quae eius foret ratio. Quum 2) veste atque argento legato, id semper debetur ex *L. 7. D. de aur. argent. legato*, quod tempore fuit testamenti, merito quoque id existimandum est de valore nummorum, in quibus legatum quoddam est soluendum. Non minus attentionem meretur decisio SCAEVOLAE, de argento, quod quis medico suo legauerat, *L. 46. D. de aur. argento legato.* Licet denique 3) magna adsit differentia inter vltimas voluntates ac conuentiones; in eo tamen conueniunt, quod in vtrisque potissimum, vbi sunt interpretandae, temporis, quo sint conditae, ratio habeatur, secundum *L. 41. §. 4. D. de legat. 3.* Argumenta, quibus fautores aduersariae sententiae vtuntur, potissimum ex eo petuntur, quod legatum primum conualescat tempore, quo testator ex vita decederet, secundum *L. 28. D. quando dies leg.* temporisque ratio habenda, quo solutio fiat, teste *L. 9. D. de aur. arg. et mundo leg.* haud multi tamen sunt, quibus ista placet. Ex iis nomino ANDR. FACHINAEVM *controu. iuris, libr.* II. *cap.* 5. ac IAC. MENOCHIVM, *libr.* IV. *praest.* 127. sed nostrae adhaerent CHRIST. WILDVOGEL, *diss. de translatione fideicommissi.* §. VIII. p. 7. IOS. AVERANIVS *interpret. iur. libr.* III. *cap.* II. *num.* 10. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 73. ANT. FABER, *libr.* VIII. *cod. tit.* XXX. *def.*

def. 15. IVST. HENN. BOEHMER, *tom.* II. *conſultat. part.* II. *conſult.* 86. Io. LVD. SCHMIDIVS, *in der Abhandl. der ſtritt. Rechts Frage, in was für Müntzſort. iſt eine Geldſch. abzutragen*, p. 290. et *in den rechtlichen Entſcheidungen*, *ſect.* II. p. 652. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* I. p. 63.

§. LXII.

Fideicommiſsarius; vel legatarius contra eum, cuius fidei testator praestationem quamdam commisit, omiſsa iurisiurandi delatione, duobus testibus, quibus illud probaret, vti haud ipotest.

Quum hoc loco eo de fideicommiſſo diſputamus, quod coram quinque teſtibus haud est conditum, merito ſtatuere poſſumus, fideicommiſſario ex eo haud agere licere, ſi illud heres neget; quam ſi ipſi iusiurandum deferre velit, ſiue factum ſit a defuncto fideicommiſſum herede praeſente: ſiue eo abſente. Eius ſi in abſentia ſit conditum fideicommiſſum, illud plane nullum eſt, quum imperator de tali voluntate vltima, vbi quinque teſtium numero non eſt munita, claris legibus requirit, vt facta ſit herede praeſente, *L. vlt. C. de fideicommiſſis*, eamdemque ob cauſſam heres ad implendam illam haud eſt obligatus, etsi quoque, eam a defuncto heredis in abſentia eſſe rite declaratam, duo teſtari velint. Neque vero licitum eſt fideicommiſſario, eiusmodi teſtibus vti, vbi heres praeſens fuerit; ei vero hac de re iusiurandum deferre vel non poſsit; vel non velit. Quum in vtroque caſu probatio teſtibus inſtitui nequeat; quam si illi actui, quo teſtator vltimam hanc voluntatem manifeſtauerit, interfuerint; impera-

tor autem iurisiurandi delationem generatim praescribit, si minus; quam quinque testes, ideoque etiam eorum duo praesentes fuerunt, ex eo merito concludimus, nec tunc licere probationem per duos testes iurisiurandi delationi substituere. Certum dein 2) est atque expeditum, heredem ipsum hac in re iudicem ac testem esse constituendum, si quinque testium praesentia fideicommissum haud sit corroboratum, secundum *eamdem legem*; illud autem quidem fieri potest, si decisio illius conscientiae eius relinquatur; minime autem, vbi testibus duobus de veritate fideicommissi convincatur. Sententiae huic obstet, quod ordinarie is, qui facultatem habeat, iusiurandum deferendi, loco eius possit probationem instituere per testes. Dissentit cum aliis Io. Georg. Bavckmann, *de fideicommisso eiusque legitima probatione*, *cap.* II. §. 5.

§. LXIII.

Fideicommissum nutu quoque relinqui potest.

Non opus est copiosa probatione huius theseos: eam comprehendunt claris verbis *L.* 21. *D. de legat.* 3. ac *L.* 22. *C. de fideicommissis.* Nihilominus huic sententiae opponitur, quod nutus interrogationem supponat haecque libertatem voluntatis excludat. Hac de re litigarunt iurisconsulti, ea ratione, vt contrariam foueant opinionem Io. Molinaevs, *in L.* 1. §. 2. *de* V. O. ac Iac. Cviacivs, *libr.* IX. *obs. cap.* 37. Hartm. Pistorivs, *libr.* IX. *obs. num.* 4. Bened. Carpzovivs, *part.* III. *const.* V. *def.* 4. *num.* 7. sed nostram adprobet Abrah. Kaestnervs, *diss. de fideicommisso, nutu relicto*, Lipsi. cIↃIↃCCXXXVII.

§. LXIV.

§. LXIV.

Fideicommiſsum, praeſente vno herede, ita tamen relictum, vt ab omnibus praestetur, ſolum praeſentem pro rata; minime vero reliquos obligat.

Requirit *L. vlt. C. de fideicommiſſ.* praeſentiam heredis, qui fideicommiſſo ſit grauandus, vbi ſine teſtibus relinquitur. Merito itaque concludimus, pro parte ſaltem id eſſe validum, ſi vnus heres praeſens ſit cum Q. SEPTIM. FLOR. RIVINO, *enunciat. iuris tit.* XVIII. *enunc.* 7. Io. HENR. BERGERO, *oecon. iuris*, p. 431. AVG. LEYSERO, *ſpec.* CCCI. *med.* 2. atque auctoribus *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, Band.* III. *med.* CXXXVI. p. 158. ac diſcedimus a iurisconſultis lenentibus in reſponſo, a RIVINO, *loc. excit.* vulgato et Io. SCHILTERO, *exerc.* XXXX. *adpend.* 2. qui ideo contrariam amplectuntur ſententiam, quod vel minimum reliquos heredes onerare voluerit tali fideicommiſſo hisque vel minimum deferri poſſit iusiurandum de credulitate.

§. LXV.

Legatarius Falcidiam haud detrahere potest.

1) Falcidiam detrahere, ſoli heredi licet; heredi autem legatarius non eſt aequiparandus. 2) Quum legem falcidiam ob id ſolum latam eſſe conſtat, quod heredes, legatis nimium onerati, hereditatem haud adirent ac per id fierent teſtamenta deſtituta, ad legatarios illa adplicari nequit. Clare id quoque 3) eſt conſtitutum *L.* 47. *§.* 1. *D ad Leg. Falcidiam et L.* 41. §. 6. *D. de vulg. et pupillari ſubſtitut.* Qui aliud ſtatuunt, *L.* 32. §. 4. *D. ad leg. Falcid.* praeſidio ſibi eſſe, exiſtimant,

mant SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXV. *tit.* II. *quaeſt.* 3. p. 374. ac IAC. VOORDA, *comm. ad leg. Falcidiam, cap.* I. §. 3. noſtram probant ſententiam.

§. LXVI.

Falcidia quoque a ſideicommiſsis particularibus aeque ac mortis cauſsa donationibus detrahitur, siue sint in testamento; vel codicillis; siue in epistola factae.

Quum iure recentiori omne id adplicandum eſt ad mortis cauſſa donationes ac ſideicommiſſa particularia, quicquid valeat de legatis: neque minus haud intereſt, vtrum heres ab inteſtato; an potius teſtamentario ſideicommiſſo tali; vel donatione mortis cauſſa ſit oneratus ſecundum *L.* 18. *D.* ac *L.* 5. *C. ad leg. Falcid.* et *L.* 2. *C. de donat. mort. cauſſa* omnino haec extra dubitationem ſunt poſita. Priori propoſitioni de ſideicommiſſis §. 5. *I de fideicomm. hered.* ac poſteriori de mortis cauſſa donationibus *L.* 20. §. 1. *D. de leg. praeſt.* opponitur. Illi ANDR. FACHINAEVS *controu. libr.* V. *cap.* 12. ac FRANC. DVARENVS, *ad leg. Falcid. cap.* 7. ac huic DIDAC. COVARRVVIAS, *ad rubr. de teſtam. part.* III. *num.* 31. aduerſantur; ſed placet vtraque LVD. MENCKIO *gymnaſ. iuris pol. diſp.* XIV. *theſ.* IV. p. 205.

§. LXVII.

Quarta Falcidia ceſsat in legatis ad pias cauſsas.

Clare conſtat ex *L.* 49. *C. de epiſcopis et cleric.* ac *Nouell.* CXXXI, *cap.* 12. Opponitur huic ſententiae *L.* 1. §. 5. *D. ad leg. Falcidiam.* Multi ſunt, qui eam lo-

cum

Digitized by Google

cum habere credunt videlicet ANDR. FACHINAEVS, *controu. libr.* V. *cap.* 15. CONRAD. RITTERSHVSIVS, *ad nou. part.* VI. *cap.* 5. *num.* 31. Io. IAC. WISSENBACHIVS, ad *dig. part.* II. *disp.* VIII. *theſ.* 129. FRID. A SANDE, *libr.* IV. *tit.* 7. *def.* 10. Sed mecum conſentiunt PETR. GVDELINVS, *iur. nouiſſ. libr.* II. *cap.* II. GEORG. AD. STRVVIVS ad *Ant. Matthaei tract. de ſucceſſ. cap.* XIII. §. 12. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. pol. diſp.* XIV. *def.* 6. p. 206.

§. LXVIII.

Quemadmodum heres, qui inuentarium conficere neglexit, indignum ſe reddit Falcidia aeque ac quarta Trebellianica: ita quoque, ſi legata ac fideicommiſſa vires hereditatis ſuperant, ſupplere debet, quod in illis deficit, ex propriis ſuis facultatibus.

Meminit imperator *nouell.* I. *cap.* 2. της καθαρας ὐσίας, purae ſubſtantiae; ſiue eius, quod ex bonis defuncti, deducto aere alieno ſupereſt, vti eleganter animaduertit Io. FRID. HOMBERGIVS, *nouell. conſtitut.* I. *cap.* 2. p. 22. quumque heredem legata quoque ſolvere iubeat, quae modum huius ſubſtantiae excedunt, ſi neglectum ſit inuentarium: merito quoque illud ſtatuere debemus. Contrarium partim ob *L. vlt.* §. 14. *C. de iure deliberandi*; partim ob alia argumenta placuit VLRIC. HVBERO *praelect. iuris ciuilis ſecundum digeſta, libr.* XXVIII. *tit.* IX. §. 8. *tom.* III. p. 902. IAC. VOORDAE, *commentar. ad leg. Falcid. cap.* XIV. §. 4. p. 372. ac CHRIST. HARTMANNO, *diſſ. de herede legatarius atque fideicommiſſarius neglecto inuentario vltra vires hereditatis non obligato*, Lipſiae, clIↃCCXXXIV. Sed

noſtram fouet ſententiam PETR. MVLLERVS, ad *Struu. ex.* XXXIII. *theſ.* 57. *tom.* II. p. 780.

§. LXIX.

Qui inuentarium conficere neglexit, haud deducere potest quartam Falcidiam a legatis, etsi quoque vires hereditatis ad illa ſoluenda haud ſufficere, paratus sit demonstrare iurata ſpecificatione, ad quam ſeſe offert.

1) Iuſtinianus tunc demum heredi permittit legis Falcidiae beneficio aduerſus legatarios vti, ſi *praefatam obſeruationem inuentarii faciendi ſolidauerit*, in L. *vlt.* §. 4. *C. de iure deliberandi.* Repetit 2) imperator idem *nouell.* I. *cap.* 2. idque ea ratione, vt iam quoque definiat, quid obtineat, ſi inuentarium non fit confectum ac heredi deneget Falcidiam; ſed *complere* heredem iubeat legatarios et fideicommiſſarios. Quid ſibi velit imperator ſub hisce verbis, clarius ſignificat Io. FRID. HOMBERGIVS, in *nouellis conſtitutionibus Iuſtinianei*, *nou.* I. *cap.* 2. p. 22, quum locum hunc ita latine reddidit, *quodſi inuentarium eo, quo diximus, modo non fecerit, Falcidiam non retinebit; ſed legatarius et fideicommiſſariis ſatisfaciet.* Neque minus 3) recte mentem legislatoris attigit *authentica ſed quum teſtator C. ad leg. Falcidiam.* Qui cum SAM. STRYCKIO, *de cautel. teſtamentor. cap.* XXI. *membr.* II. §. 7. p. 972. aliud opinantur, ideo hoc ſtatuunt, quod ſupponant, ſpecificationem iuratam in locum inuentarii ſine vlla diſtinctione ſuccedere: verumtamen nequidem hoc in mentem venit iurisconſultis, quos ipſe STRYCKIVS adlegat. Noſtram ſententiam cum innumeris aliis tuetur FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iuris uniuerſi*, *tom.* II. *obs.* 101. p. 414.

§. LXX.

Digitized by Google

§. LXX.

Etsi iure recentiori sine dubio heredi testator detractionem Falcidiae prohibere possit; haud tamen prius illud est statuendum, quam si ab eo claris verbis sit relictum.

1) Clare hoc tradit *Nouella* 1. *cap.* 11. §. 2. postquam ante omnia regulam tradit, secundum quam heres quartam hanc legatario deducere potest; huic tamen regulae exceptionem adiecit, si vero expresse designauerit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium esse, testatoris valere sententiam. Simili ratione 2) *authent. Sed cum testator C. ad leg. Falcidiam* claram atque euidentem requirit prohibitionem quumque 3) iure antiquiori illa haud esset licita, vti liquet ex L. 15. §. 1. *D. ad leg. Falcid.* ad L. 55. *D. de leg.* 1. et quaeuis lex correctoria stricte est interpretanda, idem quoque statuendum est de nouella, supra adlegata. Qui aliud statuunt cum IAC. MENOCHIO, *libr.* III. *consil.* 374 *num.* 14. et *libr.* IV. *praesumt.* 198. IAC. MASCARDO, *de probat. vol.* III. *conclus.* 1398. SIG. FINCKELTHAVSIO, *obs.* CXX. FRANC. MANTICA, *de coniectur. vltimar. voluntat. libr.* IX. *tit. vlt.* prouocant ad fauorem vltimae voluntatis atque obligationem, ad illum potissimum respiciendi, siue iam declaretur verbis; siue declaretur factis atque ea, quae cauta sunt potissimum *nouell.* XIX. *cap.* XI. nostrae vero sententiae fauent ANDR. FACHINAEVS, *libr.* V. *controuersiar. cap.* XIII. HENR. HAHNIVS, *ad Wesenbecium, tit. ad leg. Falcid. num.* 8. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXVI. §. 6. ac *euolut. controuersiar. libr.* XXXV. *tit.* II. p. 482. Io. BRVNNEMANNVS, *centur.* I. *dec.* 61. SAM. STRYCK, *de cautel. testamentor. cap.* XXII. *membr.* I. §. 5. atque auctores *der Medi-*

Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, Band 1. p. 291.

§. LXXI.

In fideicommiſso familiae praeter legitimam quarta Trebellianica simul a heredibus neceſsariis eius, qui illud constituit, peti haud potest.

Quodſi ſententiam hanc ex iure Germanico diiudicamus, extra omnem dubitationem poſita eſt; neque vero aduerſariae opinionis fautores praeſidium quaerere poſſunt ex iuribus peregrinis. Quod pertinet ad ius Romanum, illud duarum portionum detractionem nunquam permittit; ſed quum id prohibitum eſſet *L.* 24. *C. fam. erciſcund. L.* 6 *C. ad SCtum Trebell.* denuo has leges confirmarunt *Nou.* CXVIV. *cap.* 11. et *authentic. Sed et in ea re C. ad leg. Falcidiam.* Mentio quidem ibi ſolummodo ſit Falcidiae; ſub hac voce vero etiam Trebellianicam intelligendam eſſe et ſolum recentiore tempore ei quartae, quam heredibus fiduciariis deducere permiſit Iuſtinianus, Trebellianicae nomen impoſitum, dudum monſtrauit poſt CVIACIVM, *libr.* VIII. *obſ. cap.* 4. ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad inſtitut. ad SC. Trebellian.* p. 551. Quumque eo accedit, ex ſententia iuris Romani heredem fiduciarium, ſi fructus ex fideicommiſſo percipit, Trebellianicam poſcere haud poſſe, *L.* 18. §. 1. *D. ad SC. Trebell. L.* 8. §. 11. *de inoff. teſtam.* neque ex fideicommiſſo familiae debetur. In eo quidem, quod praeter legitimam Trebellianicam poſcere liceat, diſſentit a Romano iure pontificium, ſecundum *cap.* 16. *et* 18. *X. de teſtam. et vltim. volunt.* nihilominus tamen illud, Trebellianicam ceſ-

ceſſare, non vetat, ſi eam detrahere prohibuerit teſtator; aut heres illi renunciauerit. Sed alterutrum ſemper in fideicommiſſo familiae reperimus. Illud eſt vel teſtamentarium; vel pactitium. Si pacto conſtituitur a membris familiae, illa per id ſemper Trebellianicae tacite renunciant; vbi autem fit teſtamento, teſtator rem fideicommiſſariam alienare prohibet extra familiam; qui id vero interdicit, ille Trebellianicae detractionem ſimul prohibet, teſte *nouell.* CXVIV. *cap.* II. Haec ſunt argumenta praecipua, quibus iſta corroboratur ſententia; ei vero opponitur, quod iure veteri liberis quarta Falcidia; vel Trebellianica ipſorum eſſet legitima: neque minus illi obſtarent *L.* 6. *C. ad SC. Trebellianum: L.* 24. *C. famil. erciſcundae, Nou.* I. *cap.* I. ac *Nou.* XCII. Aliud exiſtimant PETR. HEIGIVS, *part.* I. *quaeſt.* 34. *num.* 7. ANT. CONTIVS, *libr.* I. *diſp. iur. ciuil. cap.* 3. atque alii, nominati a IO. PETR. LVDEWIG, *de Trebell. et legit. exule in fideic. fruct. tom* I. *opuſc. miſcell.* p. 1046. quibus adhaeret FRID. ES. DE PVFENDORF, *obſ. iur. vniu. tom.* II. p. 356. Noſtram ſententiam adprobat AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCV. *med.* 2.

§. LXXII.

Heres, fideicommiſſo oneratus, Trebellianicam amittit, vbi inuentarii confectionem negligit.

Primum argumentum ex hiſtoria iuris petimus. Si in illam percurramus, diſcimus, legem Falcidiam antiquiorem eſſe ſenatusconſulto Pegaſiano atque in illo ſolum id, quod lege Falcidia de legatis erat cautum, extenſum eſſe ad fideicommiſſa. Quod quum partim patet ex *§. 5. I. de fideicomm. hered.* partim ex Falcidiae nomine, qua ſignare ſolerent veteres ſaepenumero legiti-

gitimam, videlicet *L.* 41. *§.* 3. *D. de vulg. et pupill. ſubſtitut. L.* 2. *§. vlt. D. de iure codicill, L.* 18. *pr. L.* 29. *L.* 30. *§.* 7. *L.* 47. *§.* 1. *L.* 86. *D. ad leg. Falcid.* obſeruantibus ARNOLD. VINNIO, *ſelectar. iuris quaeſt. libr.* II. *cap.* 28. p. 435. et IAC. VOORDA, *commentar. ad leg. Falcidiam, cap.* 17. §. 4. p. 86. merito quoque ex his colligimus, a lege Falcidia concludi poſſe ad Trebellianicum ſenatusconſultum; nonne autem de beneficio legis Falcidiae cautum eſt *L. vlt. §. pen. C. de iure deliberandi ac Nouell.* 1. *cap.* 2. *§.* 1. illo priuari, qui confectionem inuentarii neglexit? Quum deinde 2) *Nou.* 1. *cap.* 2. *§.* 1. fideicommiſſariorum quoque mentionem faciat, in quorum praeſentia conficiendum eſt inuentarium, ſtatuere haud dubitamus, ea, quae in nouella iſta de Falcidia leguntur, de vtraque Falcidia, videlicet quarta Trebellianica aeque ac Falcidia eſſe intelligenda; vbi vero id non eſſet exiſtimandum, ratio, cur detractionem Falcidiae princeps prohibeat iis, qui inuentarium facere neglexerunt, ita eſt comparata, vt non minus ea locum habeat in Trebellianica. Denique 3) ad rationes reddendas obligatum eſſe heredem fiduciarium fideicommiſſario, immo nequidem certa ratione veteres iurisconſultos teſtatori haud concedere voluiſſe facultatem, fiduciarium liberandi ab hoc onere, patet ex *L.* 71. §. 3. *D. de condit. et demonſtrat.* heres autem huic officio ſatisfacere haud poſſet; niſi inuentarium conficeret ex ſententia *L.* 7. *pr. D. de adminiſtr. et periculo tutor.* Sunt, qui aliud exiſtimant et in his: PAVL. CHRISTINAEVS, *vol.* I. *deciſ.* 317. *et vol.* IV. *deciſ.* 31. ANDR. FACHINAEVS *libr.* IV. *controu.* 38. ANT. PEREZ, *in tit. cod. de iure deliberandi, num.* 34. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 158. IOACH. MYNSINGERVS, *libr.* III. *obſ. cap.* 60. FRANC. HOTTOMANNVS, *libr.* V. *obſ.*

obſ. cap. 30. SIMON. A GROENEWEGEN *de legibus abrogatis, libr. tit.* 50. p. 237. GERH. MAYNARDVS, *libr.* V. *deciſ.* 62. ANTON. FABER, *libr.* VI. *cod. tit.* II. *def.* 23. CONR. RITTERSHVSIVS, *expoſ. nouellar. part.* VI. *conſt.* 8. *num.* 37. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. tom.* II. p. 309. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, Band.* III. p. 292. Etſi plura proferant argumenta, quibus ſententiam munire ſtudeant, quum animaduerterunt, nullam adeſſe legem, quae heredem iure detrahendi Trebellianicam indignum declarat, ſi inuentarii confectionem neglexerit; ſimul vero negant, ea, quae cauta ſunt de Falcidia commode poſſe extendi ad Trebellianicam, ſecundum L. 155. §. 2. *D. de leg. iuris* ac potiſſimum differentiam adeſſe ſtatuunt, inter Falcidiam, a ſingulis legatis atque Trebellianicam, a tota hereditate deducendam; ſimul autem fideicommiſſarium ſibi ipſum imputare debere putant, ſi non exegerit cautionem ac ad introductionem inuentarii reſpiciunt quumque illud in locum deliberationis a heredе ob legata aeque ac debita inſtituendae ſucceſſiſſe credunt, neque id in fideicommiſſis requiri putant, nihilo tamen minus ea quoque ſententia, quae nobis placuit, ſuos inuenit fautores. Inter illos nominandi ſunt ARNOLD. VINNIVS, *ſelect. iuris quaeſt. libr.* II. *cap.* 28. GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyſtemat. iuris ciuilis, ex.* XXXVI. §. 33. *nr.* 32. ac IO. SCHILTER, *prax. iuris Romani, ex.* XXXX. §. 25. IO. IAC. WISSENBACHIVS *ad tit. D. de iure deliberandi*, §. 22. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtamentor. cap.* XXII. *membr.* II. §. 10. p. 975. et IO. AVG. HELLFELDIVS, *iurisprud. forens. libr.* XXXVI. *tit.* I. §. 1592.

§. LXXIII.

§. LXXIII.

Licet heres bona sit fide; fructus tamen rei legatae a die mortis defuncti testatoris legatario restituere debet, pendentes aeque ac illos, qui quidem ab ipsa sunt separati; adhuc tamen exstant.

Si species alicui est legata, eius dominium recta via in legatarium morte testatoris transit. Illud clare affirmat NERATIVS PRISCVS in *L.* 64. *D. de furtis*, vbi ait: *ea, quae legantur recta via ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata sunt, transeunt*; idem vero confirmat PAPINIANVS, vbi *L.* 80. *D. de leg.* 2. re legata, eius dominium vnquam heredis fieri negat; sed potius recta via ad legatarium transire tradit. Perspicimus hoc non minus ex eo, quod, si purum legatum secundum *L.* 5. §. 1. *D. quando dies legatorum; vel fideicommissor*, eius dies ex mortis die cedat et ad legatarii heredes transeat, atque is rei habeat vindicationem, vti constat ex *L.* 1. *C. commun. de legatis*; eam vero non; nisi dominus, vti cuilibet constat, habeat; vbi autem hoc extra omnem dubitationem est positum, legatario quoque omnia ea iura tribuere debemus, quae domino competierant, quumque hic non solum ipsam rem; sed eius fructus et quidem non modo pendentes; sed quoque exstantes petere potest, neque illi denegandi sunt legatario *). Si 2) fructus, qui post adquisitum ex causa fidei-

*) Praeter hoc argumentum memoratu dignum adhuc est effatum PAVLLI, *libr.* III. *receptar. sententiar. tit.* VI. §. 46. *fructus, qui solo inhaerebant mortis testatoris tempore, a legatarium pertinent, ante percepti ad heredem.* Nullas habemus rationes, ex quibus suspicari nobis liceret, Anianum potius hia

fideicommiſſi dominium ex parte percipiuntur, ad fideicommiſſarium pertinent, idem quoque legatario tribuendum, quamdiu dominium ex cauſſa fideicommiſſi adquiſiuit, propterea quod vna eſt legis ratio atque a legato ad fideicommiſſum valet conſequentia. Verum iam eſt prius ſecundum *L.* 42. *D. de vſuris* ideoque idem quoque de poſteriori ſtatuendum eſt; legatum vero ſtatim ab tempore mortis ipſo iure adquiri, ſi ſpecies legetur, idque pure fiat, iam ſupra demonſtratum eſt. 3) Si quis bona fide ſolum conſumtos fructus facit ſuos, is inter eos referre non poteſt fructus pendentes; vel extantes, propterea quod ab vno fructuum genere non valet ad alterum conſequentia; ſed clare dicit AFRICANVS, heredem, bona fide rem legatam poſſidentem, ſolum fructus ſuos facere, *L.* 40. *D. de adquir. rer. dominio**). Qui

his in verbis loqui, licet non negari poſſit, multa his in ſententiarum libris reperiri, quae adſcribenda ſunt Aniano: neque vlli iurisconſulto, quantum ſcio, in mentem venit, illud noſtro de loco ſtatuere; verumtamen conſulto ad hunc locum haud prouocaui, propterea quod hi ſententiarum PAVLLI libri, vti ſatis notum eſt, in foro haud habeant auctoritatem.

*) Haud credendum eſt, GORDIANVM reſcriptum hoc ad Dionyſium ita dediſſe, ſiue fuerit heres; ſiue vnus legatariorum, qui cum herede ſuo de fructibus rerum legatarum ab ipſo perceptis litigarent, vti iam Tribonianus illud exhibuit; ſed omnino eſt veriſimile, illud interpolatum eſſe a Triboniano atque inprimis poſtrema eius verba adiecta. Diſtinguit imperator inter fructus, ante litis conteſtationem perceptos atque eos, qui poſt litem conteſtatam percipiuntur ac ſolum hos legatariis adſignat. Fructus illi, poſt litem conteſtatam percepti, fuerunt hi, qui actione ſtricti iuris inſtituta, actori aduidicarentur *L.* 38. §. 7. *D. de vſuris* quumque inter eas actio quoque ex teſtamento numeraretur, *L.* 5. *D. de eo, quod certo loco*, quilibet videt, quanam ex ratione ſolum hi legatario adſignarentur ac ſimul

Qui hac in re legatario haud fauent ideoque aliam ingrediuntur ſententiam, prouocant ante omnia ad *L.* 1. *C. de*

perſpicit, actionem ex teſtamento illam eſſe, quae a legatario erat inſtituta. Nullo itaque modo Gordiano poſtrema verba, huic legi haud adcommodata, tribuere poſſumus; ſed ea manu TRIBONIANI acceſſiſſe ſtatuere debemus: neque vero ſuperuacuum illud quoque ex eo patet, quod ea, quae de fructibus legatorum hac in lege generatim traduntur, ex parte tantum valere poſſent, quum GORDIANVS clauum imperii teneret. Ex quo tempore iurisconſulti quatuor legatorum genera introduxerant, videlicet legata per vindicationem, praeceptionem, damnationem ac ſinendi modum; plura erant capita, quibus illa ſe diſtinguerent. Ea maxima cum ſollertia inprimis expoſuerunt ANTON. FABER, *libr.* VI. *coniecturar. cap.* 1. EDMVND. MERILLIVS, *libr.* VI. *obſervat. cap.* XXXII. *tom.* II. *opuscular.* p. 227. atque ANTON. SCHVLTINGIVS, in *Iurisprudentia Anteiuſtinianea*, p. 648. illis tamen addendum eſt, quod dominium rei per vindicationem legatae ſtatim eo momento, quo teſtator ex vita deceſſerat, ipſo iure in legatarium tranſiret ideoque omnes illi fructus, qui eo momento ſolo cohaererent; vel poſt mortem percipierentur, legatario compeſterent atque ex his heredi illi tantum relinquerentur, quos ille bona fide conſumſerat. Quum hoc iam ex formula, qua veretur, teſtator hoc in legato quamue nobis exhibent CAIVS, *libr.* II. *inſtitut. tit.* V. §. 1. atque VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. atque inprimis vocabulis in illa adhibitis duobus, *vindicandi* aeque ac *praeſumendi* conſtat eamdemque ob cauſſam haec attentionem SERVII, *ad Virgil. libr.* V. *Aeneid.* V. 532. excitant atque inprimis expoſita ab ATHANASIO OTEYZA ET OLANO *paralipom. et elector. inris ciuilis, libr.* II. *cap.* 1. *tom.* I. *theſ. iuris ciuilis et canonici* GERH. MEERMANNI, p. 432. multo luculentius eiusdem rei exhibet documentum CAIVS, quum legatario *libr.* II. *tit.* V. §. 7. p. 116. concedit *rem legatam poſt mortem teſtatoris, non exſpectato herede praeſumere.* Manum quidem ANIANI agnoſci in verbis: *non expectato herede* putant IAC. OISELIVS, *not. ad Caium, loc. memor.* p. 115. edit. ANTON. SCHVLTINGII ac CAR. HANN. FABROTVS; *not. ad Theophil. libr.* II. *tit.* XX. §. 2. *tom.* I. p. 435. ed. GVIL. OTT. REITZII; ſed haud proferre

de vſuris et legat. quum ſolum vſuras legatorum; ſeu fideicommiſſorum ex eo tempore, quo lis eſt conte-

S 2 ſtata,

poſſunt aliam rationem, qua coniecturam ſuam verisimilem reddere poſſint; quam quod loquendi eadem formula vſus ſit ANIANVS *ad Paull. receptar. ſentent. libr.* III. *tit.* VI. §. 7. verum enimuero haud ita pridem in commentatione inſcripta, *Emblema Triboniani in L. 4. C. de vſur. et fruct. leg. ſeu fideic.* Ienae, CIↃIↃCCLXXXX. edita, monſtraui, loquendi formulam: *exſpectari heredem* priſcis iurisconſultis haud tuiſſe inuſitatam, *L. 61. D. de adquir. rer. dominio* ac *L. 4. pr. D. de ſtatu liberis* Anianumque potius ad memoratum locum CAII reſpicere ideoque iam hoc in effato non ſine cauſſa dictionem adhibere, quam etiam CAIVS vſurpat. His accedit PAVLLVS, eiusdem rei locupletiſſimus teſtis, in loco, quem ſupra excitaui, *libr.* III. *tit.* VI. §. 64. neque minus NERATIVS PRISCVS ac PAPINIANVS, quorum alter *L. 64. D. de furtis* ſcribit: *ea, quae legantur, recta via ab eo, qui leganit, ad eum, cui legata ſunt, tranſeunt;* alter autem *L. 80. D. de leg. 2. ſi pure res relicta ſit et legatarius non repudianit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſeat, numquam factum heredis.* Certa ratione his cum effatis iungere poſſumus *L. 40. D. de R. D.* ac *L. 120. §. 1. D. de leg. 1.* nemo tamen arbitrari debet, id quod de fructibus rei per vindicationem legatae valeret, ſublatum lege Papia Poppaea, quum illa ſolum prohiberet; quo minus legatarius rem ipſi legatam occuparet ante apertas tabulas, *L. un. §. 1. C. de caducis tollendis.* Neque id ſenatusconſulto Neroniano accidiſſe, ſtatuere poſſumus, ſi eius argumentum ponderamus, quod refert VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. §. 11. ac multo minus quidquam aliud ſtatuerunt CONSTANTINVS, CONSTANS ac CONSTANTIVS in conſtitutione, cuius fragmenta reperiuntur in *L. 15. C. de teſtament.* ac *L. 21. C. de legat.* His quum accedit, profecto haud CAIVM, PAVLLVM atque VLPIANVM iis in libellis, quorum fragmenta, vti tabulae ex naufragio benigniore fortuna conſeruatae, ad nos peruenerunt, ea, quae ſupra ex ipſis tradidi, non protuliſſe; nili adhuc ipſorum aetate differentiae illae memoratae inter quatuor illa genera legatorum fuerint, extra omnem dubitationem poſitum eſt, vel minimum vltima verba memorati reſcripti: *ſue in rem;*

ſi ne

Qui hac in re legatario haud fauent ideoque aliam ingrediuntur ſententiam, prouocant ante omnia ad *L.* 1. *C. de*

perſpicit, actionem ex teſtamento illam eſſe, quae a legatario erat inſtituta. Nullo itaque modo Gordiano poſtrema verba, huic legi haud adcommodata, tribuere poſſumus; ſed ea nunu TRIBONIANI acceſſiſſe ſtatuere debemus: neque vero tenuis illud quoque ex eo patet, quod ea, quae de fructibus legatorum hac in lege generatim traduntur, ex parte tantum valere poſſent, quum GORDIANVS clauum imperii teneret. Ex quo tempore iurisconſulti quatuor legatorum genera introduxerant, videlicet legata per vindicationem, praeceptionem, damnationem ac ſinendi modum; plura erant capita, quibus illa ſe diſtinguerent. Ea maxima cum ſollertia inprimis expoſuerunt ANTON. FABER, *libr.* VI. *coniecturar. cap.* I. EDMVND. MERILIVS, *libr.* VI. *obſervat. cap.* XXXII. *tom.* II. *opuscular.* p. 227. atque ANTON. SCHVLTINGIVS, in *iurisprudentia Anteiuſtinianea*, p. 648. illis tamen addendum eſt, quod dominium rei per vindicationem legatae ſtatim eo momento, quo teſtator ex vita deceſſerat, ipſo iure in legatarium tranſiret ideoque omnes illi fructus, qui eo momento ſolo cohaererent; vel poſt mortem perciperentur, legatario competerent atque ex his heredi illi tantum relinquerentur, quos ille bona fide conſumſerat. Quum hoc iam ex formula, qua veretur, teſtator hoc in legato quamue nobis exhibent CAIVS, *libr.* II. *inſtitut. tit.* V. §. I. atque VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. atque inprimis vocabulis in illa adhibitis duobus, *vindicandi* aeque ac *praeſumendi* conſtat eamdemque ob cauſſam haec attentionem SERVII, *ad Virgil. libr.* V. *Aeneid.* v. 532. excitant atque inprimis expoſita ab ATHANASIO OTEYZA ET OLANO *paralipom. et electar. iuris ciuilis*, *libr.* II. *cap.* I. *tom.* I. *theſ. iuris ciuilis et canonici* GERH. MEERMANNI, p. 432. multo luculentius eiusdem rei exhibet documentum CAIVS, quum legatario *libr.* II. *tit.* V. §. 7. p. 116. concedit *rem legatam poſt mortem teſtatoris, non exſpectato herede praeſumere.* Manum quidem ANIANI agnoſci in verbis: *non expectato herede* putant IAC. OISELIVS, *not. ad Caium*, *loc. nic. not.* p. 115. edit. ANTON. SCHVLTINGII ac CAR. HANN. FABROTVS; *not. ad Theophil. libr.* II. *tit.* XX. §. 2. *tom.* I. p. 435. ed. GVIL. OTT. REITZII; ſed haud proferre

de vſuris et legat. quum ſolum vſuras legatorum; ſeu fideicommiſſorum ex eo tempore, quo lis eſt conte-

 ſtata,

poſſunt aliam rationem, qua coniecturam ſuam verisimilem reddere poſſint; quam quod loquendi eadem formula vſus ſit ANIANVS *ad Paull. receptar. ſentent. libr.* III. *tit.* VI. §. 7. verum enimuero haud ita pridem in commentatione inſcripta, *Emblema Tribonianeum in L. 4. C. de vſur. et fruct. leg. ſeu fideic.* Ienae, CIↃIↃCCLXXXX. edita, monſtraui, loquendi formulam: *exſpectari heredem* priſcis iurisconſultis haud fuiſſe inuſitatam, *L. 61. D. de adquir. rer. dominio* ac *L. 4. pr. D. de ſtatu liberis* Anianumque potius ad memoratum locum CAII reſpicere ideoque iam hoc in effato non ſine cauſſa dictionem adhibere, quam etiam CAIVS vſurpat. His accedit PAVLLVS, eiusdem rei locupletiſſimus teſtis, in loco, quem ſupra exciraui, *libr.* III. *tit.* VI. §. 64. neque minus NERATIVS PRISCVS ac PAPINIANVS, quorum alter *L. 64. D. de furtis* ſcribit: *ea, quae legantur, recta via ab eo, qui leganit, ad eum, cui legata ſunt, tranſeunt*; alter autem *L. 80. D. de leg. 2. ſi pure res relicta ſit et legatarius non repudianit defuncti voluntatem, recta viâ dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſeat, nunquam factum heredis.* Certa ratione his cum effatis iungere poſſumus *L. 40. D. de R. D.* ac *L. 120. §. 1. D. de leg. 1.* nemo tamen arbitrari debet, id quod de fructibus rei per vindicationem legatae valeret, ſublatum lege Papia Poppaea, quum illa ſolum prohiberet; quo minus legatarius rem ipſi legatam occuparet ante apertas tabulas, *L. un. §. 1. C. de caducis tollendis.* Neque id ſenatusconſulto Neroniano accidiſſe, ſtatuere poſſumus, ſi eius argumentum ponderamus, quod refert VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. §. 11. ac multo minus quidquam aliud ſtatuerunt CONSTANTINVS, CONSTANS ac CONSTANTIVS in conſtitutione, cuius fragmenta reperiuntur in *L. 15. C. de teſtament.* ac L. 21. *C. de legat.* His quum accedit, profecto haud CAIVM, PAVLLVM atque VLPIANVM iis in libellis, quorum fragmenta, vti tabulae ex naufragio benigniore fortuna conſeruatae, ad nos peruenerunt, ea, quae ſupra ex ipſis tradidi, non proruliſſe; nili adhuc ipſorum aetate differentiae illae memoratae inter quatuor illa genera legatorum fuerint, extra omnem dubitationem poſitum eſt, vel minimum vltima verba memorati reſcripti: *ſine in rem*;

ſine

Qui hac in re legatario haud fauent ideoque aliam ingrediuntur ſententiam, prouocant ante omnia ad *L.* 1. *C. de*

perſpicit, actionem ex teſtamento illam eſſe, quae a legatario erat inſtituta. Nullo itaque modo Gordiano poſtrema verba, huic legi haud adcommodata, tribuere poſſumus; ſed ea manu TRIBONIANI acceſſiſſe ſtatuere debemus: neque vero tuinus illud quoque ex eo patet, quod ea, quae de fructibus legatorum hac in lege generatim traduntur, ex parte tantum valere poſſent, quum GORDIANVS clauum imperii teneret. Ex quo tempore iurisconſulti quatuor legatorum genera introduxerunt, videlicet legata per vindicationem, praeceptionem, damnationem ac ſinendi modum: plura erant capita, quibus illa ſe diſtinguerent. Ea maxima cum ſollertia inprimis expoſuerunt ANTON. FABER, *libr.* VI. *coniecturar. cap.* I. EDMVND. MERILLIVS, *libr.* VI. *obſervat. cap.* XXXII. *tom.* II. *opuſculor.* p. 327. atque ANTON. SCHVLTINGIVS, in *iurisprudentia Anteiuſtinianea*, p. 648. illis tamen addendum eſt, quod dominium rei per vindicationem legatae ſtatim eo momento, quo teſtator ex vita deceſſerat, ipſo iure in legatarium tranſiret ideoque omnes illi fructus, qui eo momento ſolo cohaererent; vel poſt mortem perciperentur, legatario competerent atque ex his heredi illi tantum relinquerentur, quos ille bona fide conſumſerat. Quum hoc iam ex formula, qua vtebatur, teſtator hoc in legato quamque nobis exhibent CAIVS, *libr.* II. *inſtitut. tit.* V. §. I. atque VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. atque inprimis vocabulis in illa adhibitis duobus, *vindicandi* aeque ac *praeſumendi* conſtat eamdemque ob cauſſam haec attentionem SERVII, *ad Virgil. libr.* V. *Aeneid.* V. 532. excitant atque inprimis expoſita ab ATHANASIO OTEYZA ET OLANO *paralipom. et electior. inris ciuilis*, *libr.* II. *cap.* I. *tom.* I. *theſ. iuris ciuilis et canonici* GERH. MEERMANNI, p. 432. multo luculentius eiusdem rei exhibet documentum CAIVS, quum legatario *libr.* II. *tit.* V. §. 7. p. 116. concedit *rem legatam poſt mortem teſtatoris, non exſpectato herede praeſumere.* Manum quidem ANIANI agnoſci in verbis: *non expectato herede* putant IAC. OISELIVS, *not. ad Caium*, *loc. memor.* p. 115. edit. ANTON. SCHVLTINGII ac CAR. HANN. FARROTVS; *not. ad Theophil. libr.* II. *tit.* XX. §. 2. *tom.* I. p. 435. ed. GVIL. OTT. REITZII; ſed haud proferre

de vſuris et legat. quum ſolum vſuras legatorum; ſeu fideicommiſſorum ex eo tempore, quo lis eſt conte-

S 2 ſtata,

poſſunt aliam rationem, qua coniecturam ſuam verisimilem reddere poſſint; quam quod loquendi eadem formula vſus ſit ANIANVS *ad Paul. receptar. ſentent. libr.* III. *tit.* VI. §. 7. verum enimuero haud ita pridem in commentatione inſcripta, *Emblema Triboniani in L. 4. C. de vſur. et fruct. leg. ſeu fideic.* Ienae, CIↃIↃCCLXXXX. edita, monſtraui, loquendi formulam: *exſpectari heredem* priſcis iurisconſultis haud tuiſſe inuſitatam, *L. 61. D. de adquir. rer. dominio* ac *L. 4. pr. D. de ſtatu liberis* Anianumque potius ad memoratum locum CAII reſpicere ideoque iam hoc in effato non ſine cauſſa dictionem adhibere, quam etiam CAIVS vſurpat. His accedit PAVLLVS, eiusdem rei locupletiſſimus teſtis, in loco, quem ſupra exciraui, *libr.* III. *tit.* VI. §. 64. neque minus NERATIVS PRISCVS ac PAPINIANVS, quorum alter *L. 64. D. de furtis* ſcribit: *ea, quae leguntur, recta via ab eo, qui leganit, ad eum, cui legata ſunt, tranſeunt;* alter autem *L. 80. D. de leg. 2. ſi pure res relicta ſit et legatarius non repudiauit defuncti voluntatem, recta viâ dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſeat, nunquam factum heredis.* Certa ratione his cum eſſatis iungere poſſumus *L. 40. D. de R. D.* ac *L. 110. §. 1. D. de leg. 1.* nemo tamen arbitrari debet, id quod de fructibus rei per vindicationem legatae valeret, ſublatum lege Papia Poppaea, quum illa ſolum prohiberet; quo minus legatarius rem ipſi legatam occuparet ante apertas tabulas, *L. un. §. 1. C. de caduc. tollendis.* Neque id ſenatusconſulto Neroniano accidiſſe, ſtatuere poſſumus, ſi eius argumentum ponderamus, quod refert VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. §. 11. ac multo minus quidquam aliud ſtatuerunt CONSTANTINVS, CONSTANS ac CONSTANTIVS in conſtitutione, cuius fragmenta reperiuntur in *L. 15. C. de teſtament.* ac *L. 21. C. de legat.* His quum accedit, profecto haud CAIVM, PAVLLVM atque VLPIANVM iis in libellis, quorum fragmenta, vti tabulae ex naufragio benigniore fortuna conſeruatae, ad nos peruenerunt, ea, quae ſupra ex ipſis tradidi, non proruliſſe; nili adhuc ipſorum aetate differentiae illae memoratae inter quatuor illa genera legatorum fuerint, extra omnem dubitationem poſitum eſt, vel minimum vltima verba memorati reſcripti: *fiue in rem;*

ſiue

Qui hac in re legatario haud fauent ideoque aliam ingrediuntur ſententiam, prouocant ante omnia ad *L.* 1. *C. de*

perſpicit, actionem ex teſtamento illam eſſe, quae a legatario erat inſtituta. Nullo itaque modo Gordiano poſtrema verba, huic legi haud adcommodata, tribuere poſſumus; ſed ea manu TRIBONIANI acceſſiſſe ſtatuere debemus: neque vero tenuis illud quoque ex eo patet, quod ea, quae de fructibus legatorum hac in lege generatim traduntur, ex parte tantum valere poſſent, quum GORDIANVS clauum imperii teneret. Ex quo tempore iurisconſulti quatuor legatorum genera introduxerunt, videlicet legata per vindicationem, praeceptionem, damnationem ac ſinendi modum; plura erant capita, quibus illa ſe diſtinguerent. Ea maxima cum ſollertia inprimis expoſuerunt ANTON. FABER, *libr.* VI. *coniecturar. cap.* I. EDMVND. MERILIVS, *libr.* VI. *obſervat. cap.* XXXII. *tom.* II. *opuscular.* p. 227. atque ANTON. SCHVLTINGIVS, in *Iurisprudentia Anteiuſtinianea*, p. 648. illis tamen addendum eſt, quod dominium rei per vindicationem legatae ſtatim eo momento, quo teſtator ex vita deceſſerat, ipſo iure in legatarium tranſiret ideoque omnes illi fructus, qui eo momento ſolo cohaererent, vel poſt mortem perciperentur, legatario competerent atque ex his heredi illi tantum relinquerentur, quos ille bona fide conſumſerat. Quum hoc iam ex formula, qua veretur, teſtator hoc in legato quamue nobis exhibent CAIVS, *libr.* II. *inſtitut. tit.* V. §. 1. atque VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. atque inprimis vocabulis in illa adhibitis duobus, *vindicandi* aeque ac *praeſumendi* conſtat eamdemque ob cauſſam haec attentionem SERVII, *ad Virgil. libr.* V. *Aeneid.* v. 532. excitant atque inprimis expoſita ab ATHANASIO OTEYZA ET OLANO *paralipom. et electior. iuris ciuilis*, *libr.* II. *cap.* 1. *tom.* I. *theſ. iuris ciuilis et canonici* GERH. MEERMANNI, p. 432. multo luculentius eiusdem rei exhibet documentum CAIVS, quum legatario *libr.* II. *tit.* V. §. 7. p. 116. concedit *rem legatam poſt mortem teſtatoris, non exſpectato herede praeſumere.* Manum quidem ANIANI agnoſci in verbis: *non expectato herede* putant IAC. OISELIVS, *not. ad Caium, loc. memor.* p. 115. edit. ANTON. SCHVLTINGII ac CAR. HANN. FABROTVS; *not. ad Theophil. libr.* II. *tit.* XX. §. 2. *tom.* I. p. 435. ed. GVIL. OTT. REITZII; ſed haud proferre

de vſuris et legat. quum ſolum vſuras legatorum; ſeu fideicommiſſorum ex eo tempore, quo lis eſt conte-

 ſtata,

poſſunt aliam rationem, qua coniecturam ſuam verisimilem reddere poſſint; quam quod loquendi eadem formula vſus ſit ANIANVS *ad Paul. receptar. ſentent. libr.* III. *tit.* VI. §. 7. verum enimuero haud ita pridem in commentatione inſcripta, *Emblema Tribonianei in L. 4. C. de vſur. et fruct. leg. ſeu fideic.* Ienae, CIↃIↃCCLXXXX. edita, monſtraui, loquendi formulam: *exſpectari heredem* priſcis iurisconſultis haud iuſſe inuſitatam, *L. 61. D. de adquir. rer. dominio* ac *L. 4. pr. D. de ſtatu liberis* Anianumque potius ad memoratum locum CAII reſpicere ideoque iam hoc in effato non ſine cauſſa dictionem adhibere, quam etiam CAIVS vſurpat. His accedit PAVLLVS, eiusdem rei locupletiſſimus teſtis, in loco, quem ſupra excitaui, *libr.* III. *tit.* VI. §. 64. neque minus NERATIVS PRISCVS ac PAPINIANVS, quorum alter *L. 64. D. de furtis* ſcribit: *ea, quae leganter, recta via ab eo, qui leganit, ad eum, cui legata ſunt, tranſeunt*; alter autem *L. 80. D. de leg. 2. ſi pure res relicta ſit et legatarius non repudianit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſeat, nunquam factum heredis.* Certa ratione his cum effatis iungere poſſumus *L. 40. D. de R. D.* ac *L. 120. §. 1. D. de leg. 1.* nemo tamen arbitrari debet, id quod de fructibus rei per vindicationem legatae valeret, ſublatum lege Papia Poppaea, quum illa ſolum prohiberet; quo minus legatarius rem ipſi legatam occuparet ante apertas tabulas, *L. un. §. 1. C. de caducis tollendis.* Neque id ſenatusconſulto Neroniano accidiſſe, ſtatuere poſſumus, ſi eius argumentum ponderamus, quod refert VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. §. 11. ac multo minus quidquam aliud ſtatuerunt CONSTANTINVS, CONSTANS ac CONSTANTIVS in conſtitutione, cuius fragmenta reperiuntur in *L. 15. C. de teſtament.* ac *L. 21. C. de legat.* His quum accedit, profecto haud CAIVM, PAVLLVM atque VLPIANVM iis in libellis, quorum fragmenta, vti tabulae ex naufragio benigniore fortuna conſeruatae, ad nos peruenerunt, ea, quae ſupra ex ipſis tradidi, non prorſuſſe; nili adhuc ipſorum aetate differentiae illae memoratae inter quatuor illa genera legatorum fuerint, extra omnem dubitationem poſitum eſt, vel minimum vltima verba memorati reſcripti: *ſine in rem*;

§. LXXIII.

Licet heres bona sit fide; fructus tamen rei legatae a die mortis defuncti testatoris legatario restituere debet, pendentes aeque ac illos, qui quidem ab ipsa sunt separati; adhuc tamen exstant.

Si species alicui est legata, eius dominium recta via in legatarium morte testatoris transit. Illud clare affirmat NERATIVS PRISCVS in *L.* 64. *D. de furtis*, vbi ait: *ea, quae legantur recta via ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata sunt, transeunt*; idem vero confirmat PAPINIANVS, vbi *L.* 80. *D. de leg.* 2. re legata, eius dominium vnquam heredis fieri negat; sed potius recta via ad legatarium transire tradit. Perspicimus hoc non minus ex eo, quod, si purum legatum secundum *L.* 5. §. 1. *D. quando dies legatorum; vel fideicommissor*, eius dies ex mortis die cedat et ad legatarii heredes transeat, atque is rei habeat vindicationem, vti constat ex *L.* 1. *C. commun. de legatis*; eam vero non; nisi dominus, vti cuilibet constat, habeat; vbi autem hoc extra omnem dubitationem est positum, legatario quoque omnia ea iura tribuere debemus, quae domino competierant, quumque hic non solum ipsam rem; sed eius fructus et quidem non modo pendentes; sed quoque exstantes petere potest, neque illi denegandi sunt legatario *), Si 2) fructus, qui post adquisitum ex causa fidei-

*) Praeter hoc argumentum memoratu dignum adhuc est effatum PAVLLI, *libr.* III. *receptar. sententiar. tit.* VI. §. 46. *fructus, qui solo inhaerebant mortis testatoris tempore, a legatario non pertinent, ante percepti ad heredem.* Nullas habemus rationes, ex quibus suspicari nobis liceret, Anianum potius his

fideicommiſſi dominium ex parte percipiuntur, ad fideicommiſſarium pertinent, idem quoque legatario tribuendum, quamdiu dominium ex cauſſa fideicommiſſi adquiſiuit, propterea quod vna eſt legis ratio atque a legato ad fideicommiſſum valet conſequentia. Verum iam eſt prius ſecundum *L.* 42. *D. de vſuris* ideoque idem quoque de poſteriori ſtatuendum eſt; legatum vero ſtatim ab tempore mortis ipſo iure adquiri, ſi ſpecies legetur, idque pure fiat, iam ſupra demonſtratum eſt. 3) Si quis bona fide ſolum conſumtos fructus facit ſuos, is inter eos referre non poteſt fructus pendentes; vel extantes, propterea quod ab vno fructuum genere non valet ad alterum conſequentia; ſed clare dicit AFRICANVS, heredem, bona fide rem legatam poſſidentem, ſolum fructus ſuos facere, *L.* 40. *D. de adquir. rer. dominio**).

Qui

hic in verbis loqui, licet non negari poſſit, multa his in ſententiarum libris reperiri, quae adſcribenda ſunt Aniano: neque vlli iuriſconſulto, quantum ſcio, in mentem venit, illud noſtro de loco ſtatuere; verumtamen conſulto ad hunc locum haud prouocaui, propterea quod hi ſententiarum PAVLLI libri, vti ſatis notum eſt, in foro haud habeant auctoritatem.

*) Haud credendum eſt, GORDIANVM reſcriptum hoc ad Dionyſium ita dediſſe, ſiue fuerit heres; ſiue vnus legatariorum, qui cum herede ſuo de fructibus rerum legatarum ab ipſo perceptis litigarent, vti iam Tribonianus illud exhibuit; ſed omnino eſt veriſimile, illud interpolatum eſſe a Triboniano atque inprimis poſtrema eius verba adiecta. Diſtinguit imperator inter fructus, ante litis conteſtationem perceptos atque eos, qui poſt litem conteſtatam percipiuntur ac ſolum hos legatariis adſignat. Fructus illi, poſt litem conteſtatam percepti, fuerunt hi, qui actione ſtricti iuris inſtituta, actori adiudicarentur *L.* 38. §. 7. *D. de vſuris* quumque inter eas actio quoque ex teſtamento numeraretur, *L.* 5. *D. de eo, quod certo loco*, quilibet videt, quanam ex ratione ſolum hi legatario adſignarentur ac ſimul

de vſuris et legat. quum ſolum vſuras legatorum; ſeu fideicommiſſorum ex eo tempore, quo lis eſt conte-

 ſtata,

poſſunt aliam rationem, qua coniecturam ſuam verisimilem reddere poſſint; quam quod loquendi eadem formula vſus ſit. ANIANVS *ad Paul. receptar. ſentent. libr.* III. *tit.* VI. §. 7. verum enimuero haud ita pridem in commentatione inſcripta, *Emblema Tribonianei in L. 4. C. de vſur. et fruct. leg. ſeu fideic.* Ienae, CIↃIↃCCLXXXX. edita, monſtraui, loquendi formulam: *exſpectari heredem* priſcis iurisconſultis haud fuiſſe inuſitatam, *L. 61. D. de adquir. rer. dominio* ac *L. 4. pr. D. de ſtatu liberis* Anianumque potius ad memoratum locum CAII reſpicere ideoque iam hoc in effato non ſine cauſſa dictionem adhibere, quam etiam CAIVS vſurpat. His accedit PAVLLVS, eiusdem rei locupletiſſimus teſtis, in loco, quem ſupra exciraui, *libr.* III. *tit.* VI. §. 64. neque minus NERATIVS PRISCVS ac PAPINIANVS, quorum alter *L. 64. D. de furtis* ſcribit: *ea, quae leguntur, recta via ab eo, qui legauit, ad eum, cui legata ſunt, tranſeunt;* alter autem *L. 80. D. de leg. 2. ſi pure res relicta ſit et legatarius non repudiauit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium tranſeat, numquam factum heredis.* Certa ratione his cum effatis iungere poſſumus *L. 40. D. de R. D.* ac *L. 120. §. 1. D. de leg. 1.* nemo tamen arbitrari debet, id quod de fructibus rei per vindicationem legatae valeret, ſublatum lege Papia Poppaea, quum illa ſolum prohiberet; quo minus legatarius rem ipſi legatam occuparet ante apertas tabulas, *L. un. §. 1. C. de caducis tollendis.* Neque id ſenatusconſulto Neroniano accidiſſe, ſtatuere poſſumus, ſi eius argumentum ponderamus, quod refert VLPIANVS *fragmentor. tit.* XXIV. §. 11. ac multo minus quidquam aliud ſtatuerunt CONSTANTINVS, CONSTANS ac CONSTANTIVS in conſtitutione, cuius fragmenta reperiuntur in *L. 15. C. de teſtament.* ac *L. 21. C. de legat.* His quum accedit, profecto haud CAIVM, PAVLLVM atque VLPIANVM iis in libellis, quorum fragmenta, vti tabulae ex naufragio benigniore fortuna conſeruatae, ad nos peruenerunt, ea, quae ſupra ex ipſis tradidi, non proruliſſe; nili adhuc ipſorum aetate differentiae illae memoratae inter quatuor illa genera legatorum fuerint, extra omnem dubitationem poſitum eſt, vel minimum vltima verba memorati reſcripti: *ſuc in rem;*

ſtata, peti conceditur ; his vero adiicitur, ſimiliter fructus rerum et mercedes ſeruorum, qui ex teſtamento debentur, praeſtari ac cum hac coniungunt *L. 4. C. eiusd. tit.* quum clare ibi cautum ſit; quo minus ex die mortis ſequantur fructus; ſed quoque heres ibi illos ſaltim reddere iubetur, quos poſt litem percepit conteſtatam. Non minus ideo ſententiam ſuam veram eſſe putant, quod ſolum de legatis piae cauſſae relictis ſit ſancitum, *L. 48. C. de epiſc. et cleric.* ac *Nou.* 112. *cap.* 13. ac fructus a die mortis illis ſint relinquendi et ſimul ex quibusdam legibus digeſtorum, videlicet *L. 46. D. de leg.* 1. *L.* 78. §. 1. *D. de leg.* 2. *L.* 26. *D. de fideicommiſſariis hereditatibus, L.* 8. *D. de vſuris: L.* 39. *D. de vſuris et L.* 18. *D. ad SC. Trebellianum.* quod ſtatuunt, demonſtrandum eſſe putant. Inter antiquiores iurisconſultos CONSTANTINVS HARMENOPVLVS, *libr.* v. *promtuarii*, *tit.* x. §. 46. ſententiam tuetur, quam amplexus ſum. Cum illo conuenit IASON ad L. 69. *D. de leg.* 1. M. ANT. PEREGRINVS, *de fideicommiſſ. art.* XLIX. *num.* 78. FRANC. MANTICA, *de ambig. et tacit. vlt. vol. libr.* VII. *tit.* X. *nr.* 34. MICH. GRASSVS *libr.* 1, *ſententiar.* §. 6. *quaeſt.* 70. DIONYS. GOTHOFREDVS *not. ad* L. 4. *C. de vſuris et fruct. leg.* ita animo haeſitat, vt mox hanc; mox illam ſineat ſententiam ac ſimili ratione hoc in argumento diſputandi haud conſtans fuit BENED. CARPZOVIVS, ſi comparare velis, quae *part.* II. *conſt.* XXX. *def.* 20. et *part.* III. *conſt.* XII. *def.* 28. protulit; ACCVRSIVS vero ad L. 4. *C. de vſur. et fruct leg.* Io. BRVNNEMANNVS, ad L. 4. *C. de vſur. et fruct. legatorum*, ANTON. FABER *libr* 1. *coniecturar. cap* 3. et *cod. Sabaud. libr.* VI. *tit.* XXIV. *def.* 1. PETR. MVLLERVS *ad Struu. ex.* XXXV.

ſue in perſonam agatur, manu TRIBONANII ſunt adiecta, vti commentatione, ſupra memorata, copioſius expoſui.

Digitized by Google

xxxv. *thes.* 47. *not.* 6. Lvd. Mencke, *gymnas. polem. disp.* xiii. *thes.* x. p. 197. Avg. Leyservs, *med. ad pandect. spec.* cccLxxxii. *med.* 1. Io. Henr. Bergervs *resolut. leg. obstant.* p. 640. Sam. de Cocceii *iur. controu. libr* xxx. *quaest.* 2. atque nonnulli alii fructus rei legatae ex die morae restituendos censent.

§. LXXIV.

Inter legatarios verbis coniunctos ius adcrescendi locum habet.

1) Si quis verbis coniunxit duos legatarios; vel plures, reuera illi coniuncti legatarii, secundum *L.* 142. *D. de V. S.* vbi vero adest vera coniunctio, ibi quoque obtinet ius adcrescendi. 2) Si semel testator legatario vni alterum iunxit, semper hunc praeferendum censuit heredi ideoque etiam hic excluditur per ius adcrescendi. 3) Clare quoque hoc tradit *L.* 1. §. 11. *C. de caduc. toll.* Loqui eum de verbis coniunctis, non negandum est. Colligere quidam iam illud volunt ex antecedentibus; sed probant idem quoque ea, quae adlegaui, vbi mentio fit legatariorum; vel fideicommissariorum duorum ac plurium, quibus quidquam coniunctim relinquitur: iis autem ius adcrescendi clare tribuitur. Non minus 4) sermo est de verbis coniunctis *L.* 16. §. 2. *D. de leg.* 1. quum casum sibi fingit *si testator Titio et postumis viriles partes dare voluerit; vel etiam id expresserit.* Etiam tunc totum legatum Titio tribuitur, si postumus haud natus fuerit. Si tandem certum est, eum, qui cum legatario deficiente verbis solum coniunctus sit, praeferri iis, qui cum eodem solum re coniuncti sunt, nullo modo iis denegari potest ius adcrescendi; prius autem negari nequit ob *L.* 89. *D. de legat* 3. Qui aliud opinantur, prouocant potissimum ad *L.* 1. *pr.* ac L. 11.

D. de vſufructu adcreſcendo; neque minus, L. 66. *D. de hered. inſtit.* ac L. 110. D. *de verb. ſignif.* ac ſimul argumentum, quo coniecturam ſuam corroborant, petunt ex eo, quod IVSTINIANVS §. 10. *I. de legat.* coniunctiones legatariorum, quae ius adcreſcendi producunt, recenſeat; verbalem tamen omittat, atque in his reperiuntur ANTON. FABER, *coniecturar. libr.* VI. *cap.* I. IAC. CVIACIVS, *libr.* XXIV. *obſeruat. cap* 34. HENR. COCCEII, *conſil. et reſponſor. tom.* II. *reſp.* 427. *num.* 24. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. tom.* II. p. 352. ſed nobiscum conſpirant GEORG. AD. STRVVIVS, *euolut. controuerſiar. libr.* XXX. *theſ* 24. p. 471. FRANC. DVARENVS, *libr.* I. *de iure adcreſcendi*, *cap.* 10. BENED. CARPZOVIVS *part.* III. *conſt.* II. *def.* 14. et 15. Io. BALTH. WERNHER, *part.* IV. *obs.* 106. atque auctores *der Meditationen, über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* XII. *med.* CLXXV. p. 277.

§. LXXV.

Ius accreſcendi obtinet in mortis cauſsa donationibus.

Si in effectu aequiparatae ſunt penitus legatis donationes mortis cauſſa, quoque ad has ius adcreſcendi eſt extendendum, propterea quod illud in legatis obtinet; prius autem conſtat ex §. I. *I. de donat.* *L.* 37. *D. de donat. mort. cauſſa L. fin. C. de donat. mort. cauſſa* ac *L. vn.* §. 14. *C. de caducis tollendis.* Aliud concludere volunt aduerſarii ex *L.* 38. *D. de donat. mort. cauſſa*, quorum dux eſt atque anteſignanus ANT. FABER, *de error. pragmat. dec.* XLVIII. *error.* 10. Ei repugnant OSWALD. HILLIGERVS, *Donello emucleat. libr.* VIII. *cap.* 10. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. pol. diſp.* XII. *theſ.* 12. p. 198.

§. LXXVI.

§. LXXVI.

Vidua, ſecundas nuptias celebrans, amittit legatum, quod ipsi ab extraneo ſub lege caelibatus est relictum.

1) Certum eſt ante omnia atque expeditum, Iuſtinianum in *nou.* XXII. *cap.* 44. propter odium ſecundarum nuptiarum legem Iuliam miſcellam renouaſſe atque, vt legatarii legem caelibatus, a teſtatore ipſis praeſcriptam, ſeruarent, voluiſſe, vt Io. Sal. Brvnnqvellivs, *diſſ. de conditione, ſi non nupſerit* §. 28. ac Io. Avg. Bachivs, *de lege Iulia Miſcella eiusque vſu hodierno*, §. 12. cum aliis tradunt. Ex quo quum neceſſario ſequitur, vt eiusmodi conditio ſit poſſibilis, etiam efficere debet, vt quis legatum amittat, qui legem, quam conditio iſta in ſe continet, haud ſeruat; ſed transgreditur. 2) Nouellam hanc non ſolum de legatis, a coniugibus relictis; ſed etiam de iis vltimis voluntatibus, quas extranei iſta ſub conditione faciunt loqui, patet ex eius *cap.* 44. §. 8. Tandem 3) *authent. cui relictum C. de indicend. viduitate* ſententiam noſtram confirmat, vbi generatim conditionem ſeruandam eſſe tradit, *ſi alicui relictum quid fuerit a coniuge; vel qualibet perſona.* Diſſentiunt praeſertim ob id, quod *Nou.* XXII. *cap.* 44. eſt ſancitum, Georg. Franzkivs, *libr. I. reſolut.* 16. *num.* 30. Wolfg. Adam. Lavterbachivs, *coll. theor. pract. libr.* XXIII. *tit* II. §. 39. Io. Henr. Bergervs, *in oecon. iuris*, p. 117. Petr. Mvllervs, *diſſ. de odio ſecundarum nuptiar. cap* II *theſ.* 7. ſed inprimis iis contradicit Io. Sal. Brvnnqvellivs, *diſſ. de conditione ſi non nupſerit*, ex. XXXII. in eius *opuſculis*, p. 201.

§. LXXVII.

Quod de coelibatu ab iis ſeruando, quibus legatum relictum est ſub conditione, si non nupſerint, cauit Iustinianus, ad virgines haud pertinet.

1) *Nou.* XXII. ob odium ſecundarum nuptiarum eſt lata et itaque in perſonis, primum matrimonium inituris, eius ceſſat ratio. 2) In *nou.* XXII. ſaltem lex Iulia miſcella ad vſum reuocata; ſed haec ſolum de viduis ac viduabus eſt lata, vti monſtrat Io. AVG. BACHIVS, *diſſ. de lege Iulia Miſcella*, §. XIII. p. 39. 3) Conditionem: *ſi non nupſerit*, eum ſaltem caſum ſpectare, quo quis in viduitate permanſerit, teſtis eſt PAPINIANVS, L. 100. *ff. de condit. et demonſtrat.* vbi Titiae, cui, ſi non nupſerit, ducenta, ſi nupſerit, centum legata ſunt, ducenta tribuit, licet nuptias celebrauerit. Tandem 4) locum ſanctio ſupra memorata, videlicet *Nou.* XXII. *cap.* 44 §. 8. ſaltem habet, *ſi quis viro; aut muliери dari quid voluerit*, mulieres autem improprio ſaltem ſenſu virgines nonnunquam comprehendunt et ordinarie iis opponuntur, vt L. 11. *D. de contrah. emt.* L. 11. §. 5. *D. de act. emti* L. 14. §. 7. *D. de aedilit. edict* docent; qui autem in aliam ſententiam diſcedunt, loqui putant imperatorem *Nou.* XXII. *cap* 44. §. *vlt.* generaliter ideoque etiam eamdem ad virgines excedunt. Eorum in cenſum venit IAC. CVIACIVS, lite, quam cum ROBERTO habuit, vti ex iis potiſſimum conſtat, quae Io. ROBERTVS, *animaduerſ. iur. ciuil. libr.* I. *cap.* 3. ac ANT. MERGATOR, *in not. ad Robert. libr.* I. *cap.* 3. tradunt; ei autem inprimis refragatur Io. SAL. BRVNNQVELLIVS, *diſſ. de conditione ſi nonnupſerit, vltimis voluntatibus adiecta*, Ien. CIↃIↃCCXX. quae

quae eius in *opuſculis*, *tom.* I. p. 165 recuſa erat. Ei iungas Io. CHRIST. HARTVNGIVM, *diſſ. de conditione, ſi non nupſerit*, Ienae, CIↃIↃCLXXXVII. ac CAR. GOTTL. KNORR, in *denen rechtlichen Anmerkungen*, p. 237.

§. LXXVIII.

Etiam nostra aetate conditio, si non nupſerit, viduae legatariae imposita, est ſeruanda.

1) Leges iuris Romani generatim ſunt receptae ac praeſumtio pro earum valore tamdiu locum habet; quamdiu earum abrogatio non sit probata. Eſt quidem 2) odium ſecundarum nuptiarum ratio *nouellae* XXII. et Romani illas odio ſitto ſine cauſſa ſunt proſequuti; verumenimuero multae leges apud nos obtinent, licet falſa ſint principia, ex quibus illae proſluxerint. Si 3) reliquae poenae ſecundarum nuptiarum adhuc valent, vti eas valere, teſtatur LEYSERVS, *ſpec. ecc. med.* 4. merito ac iure id quoque iſta de poena ſtatuimus. Quum tandem 4) ius canonicum, *cap. fin. X. de ſecund. nuptiis* poenas earum ſaltem nuptiarum abrogat, quae intra annum luctus celebrantur ac per id ſimul reliquas confirmat: eo minus eſt dubitandum; quin iuris Romani praecepta hac in re adhuc valeant. Aliud ſtatuunt, propterea quod conditio: *ſi non nupſerit*, ſit impoſſibilis; neque minus id, quod de illa ſeruanda cauit Iuſtinianus, rei publicae ſit noxium ſobolisque impediat procreationem SIM. VAN LEEUWEN, *libr.* III. *cenſ. forens. cap.* 5. GEORG. FRANZKIVS, *libr.* I. *reſolut. cap.* 15. Io. BRVNNEMANNVS, *ad tit. C. de indic. viduit.* p. 383. SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. dig. de condit. et demonſtr.* §. 6. WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. practic. tom.* II. *tit de ritu nuptiar.* §. 39. p. 439. Io. AVG. BACHIVS, *diſſ. de leg. Iul. Miſcella,*

Digitized by Google

Lipſ. cIↃIↃCCLIII. Sed noſtram inprimis fouent ſententiam Io. Sal. Brvnnqvellivs, *diſſ. de condit. ſi non nupſerit, vltimis voluntatibus adiecta*, §. xxxiii. et Christ. Mich. Herold, *diſſ. de legatis, nuptiarum cauſſa relictis*, Lipſ. cIↃIↃCCLXV.

§. LXXIX.

Conditio religionis affirmatiua est conditio turpis ideoque pro non ſcriptahabenda est.

Satis notum eſt, conditionem iurisiurandi ex ſententia *L.* 112 §. *vlt. D. de leg.* I. conditionem fuiſſe turpem. Si in veram huius legis inquiramus rationem, vti copioſe oſtendi in *tract. de conditione iurisiurandi, vltimis voluntatibus adiecta*, §. x. et xi. p. 26. ſeqq pro turpi conditionem hanc declarari videmus, ne homines ſpe lucri facile impellerentur ad committendum quidquam, quod laederet conſcientiam, atque per id concludimus, non minus illicitam eſſe conditionem religionis. Aliter ſentiunt quidam ob id, quod inſtrumento pacis Gueſtphalicae *art.* 7. ſit cautum ac quaelibet harum religionum Romano-Catholica aeque ac duae euangelicae in imperio Romano publice ſint receptae Io. Gvilielm. Schellhassivs, *diſſ. qua enucleatur quaeſtio, vtrum conditio, qua certa religio in ſubiecto requiritur, pro turpi; vel honeſta ſit habenda*, Erford. clIↃCCLII. ſed nobiscum conſpirant: Bened. Carpzovivs, *part.* I. *deciſ.* 89. Christ. Alard. Knopfivs, *diſſ. de nullitate conditionis de adſumenda religione pontificia heredi; vel legatario adſcriptae*, Io. Henr. Bergervs *oecon. iur. libr.* III. *tit.* IV. §. 13. Io. Schilterus, *prax. iur. Rom exerc.* XXXVIII. §. 100. *tom.* II. p. 484. ac Lvd. Mencke, *gymnaſ. polem. diſp.* XIV. §. 1. p. 203.

MEM.

MEMBRVM TERTIVM

FORMA IN VLTIMIS VOLVNTATIBVS ADHIBENDA.

§. I.

Si legibus ſollemnitates quaedam ſemel ſunt praeſcriptae, quae sint ex iuſsu legislatoris obſeruandae, iis ſuperſedere nequit testator, licet earum omiſsio excuſari poſsit: immo a testatore illae haud potuerint obſeruari; neque vllo modo ſustineri potest testamentum, in quo illae haud fuerint obſeruata.

Conſtat hoc 1) ex eo, quod lex, licet dura ſit, a iudice ſit attendenda, *L.* 12. §. 1. *qui et a quibus manum.* Neque minus 2) imperatores ſi vnam; vel alteram ſolemnitatem remittendam cenſeant, hoc ſolum ad certos tantum caſus reſtringunt; neque prius exceptionem illam concedunt; quam ſi caſus obtinet, de quo eſt legislatori ſermo, vti adparet ex *L.* 8. ac *vlt. C. de teſtam.* Tandem 3) teſtamentum, contra formam legibus praeſcriptam conditum, nullum eſſe, ne tironibus quidem eſt ignotum. Qui mitiorem adoptant ſententiam, reſpiciunt ad *L.* 138. *D. de R. I.* qua traditur, ſubueniendum eſſe in ſollemnibus, vbi aequitas euidens poſcit et ſimul tantum docetur, non facile mutandum quid eſſe ex ſollemnibus. Coniungunt cum hac lege *L.* 8. *C. de iudiciis*, aequitatem ſtricto iuri praeferentem ac regulam, quod neceſſitas legi haud

ſit

ſit ſubiecta: ad impoſſibilia nemo obligetur atque ſuprema hominis voluntas eſſe debeat liberrimâ ac vel minimum ſecundum quaedam praecepta iuris canonici nimirum *cap. vlt. de officio vicarior. in* 6. *cap.* 4. *de procurator. in* 6*to et cap.* 81. *de reg. iuris in* 6*to.* diſſentire ſe poſſe putant. Ita vel minimum ſentit AVG. LEYSERVS. *ſpec.* III. *med.* 6. ac ſimul reprehendit ANT. FABRVM, *cod. libr.* VI. *tit.* V. verum enimuero non ſine iure caſtigatur a FRANC. Ios. HARTLEBEN *meditat. ad pandectas*, *vol.* I. *part.* I. *ſpec.* IV. *med.* 9. p. 60. et Io. ERN. IVST. MVLLERO, *obs. pract. ad Leyſer. tom.* I. *faſc.* I. p. 276.

§. II.

Vbi principi testamentum est offerendum, praesentia testatoris haud necessaria est ac quoque illud per procuratorem exhiberi potest.

1) Memoratu dignum eſt, quod neque in *L.* 19. *C. de teſtamentis*; neque in conſtitutione illa Valentiniani, quae inter eius nouellas codici Theodoſiano adiectas, quartum locum tenet, nunquam oblati teſtamenti mentio fiat; ſed oblatarum precum, quibus inſertum ſit teſtamentum. Haud id negandum eſt; preces autem non; niſi in ſcriptis principi exhiberi; neque neceſſarium fuiſſe, vt ſupplicans illas ipſas imperatori tradat; ſed licitum quoque ei fuiſſe, illas ipſi per procuratorem offerre, tuto adfirmare poſſumus. Eas non; niſi in ſcriptis principi oblatas fuiſſe. iam eleganter animaduertit, IAC. GVTHERIVS *de officiis domus auguſtae*, *libr.* I. *cap.* 14. Neque aliud cogitari poterat iis de precibus, quibus teſtator vltimam ſuam voluntatem principi offerret, concludimus partim ex eo, quod nouella VALENTINIANI IV. *conuexorum ſupplicationis* mentio fit; partim ex eo, quod ibidem adiicitur, *ſupremum iudicium*

in

in vnius chartae volumine conſtitiſſe. Illae haud ipſi imperatori; ſed magiſtro potius libellorum exhibebantur, quemadmodum animaduertunt IVL. CAESAR BVLENGERVS, *de imperio Romano, libr.* I. *cap.* 14. ac GVID. PANCIROLLVS, *not. dignitatis vtriusque imperii, libr.* I. *cap.* 97. *tom.* VIII. *theſauri antiquitatum Romanar.* Io. GEORG. GRAEVII, p. 1587. immo nec opus fuit, vt ille, qui preces offerre volebat imperatori, coram magiſtro libellorum ipſe compareret. Clare erat cautum *L.* 6. *C. de precibus imperatori offerendis: vniuerſis ſimul hanc obſeruantiam remittimus, vt a quocunque liberae conſtitutionis conſtituto; vel ſeruo ſupplicante impetratum fuerit reſcriptum, minime requiratur, per quem preces oblatae ſunt.* Hoc quum inberent ſine vllo diſcrimine haud multo poſt promulgationem *L.* 19. *C. de teſtam.* iidem auguſti, qui hanc condiderunt, HONORIVS ac THEODOSIVS: immo per id haud obſcure ſignificarent, iam hoc tempore oblationem precum per procuratorem vſitatam fuiſſe et ſolum non omnibus munus procuratoris deferri potuiſſe, ipſis de precibus extra omnem dubitationem eſt poſitum, eas per procuratorem offerri potuiſſe, quumque illas ſemper ipſum quoque teſtamentum complexas eſſe, non ſolum ex eo, quod ſolum mentio fiat precum; neque ab iis diſtinguantur teſtamenta; verum ex loquendi illis formulis in *nou.* VALENTINIANI obuiis ac a me iam adlegatis, conſtat, quum teſtatur, vltimam hanc voluntatem cum ipſis precibus connexam fuiſſe ac in vnius chartae volumine conſtitiſſe, idem de teſtamentis eſt adfirmandum. 2) Si ſuperat teſtamentum eiusmodi, quod principi offertur, omnem teſtamentorum ſolemnitatem, nec neceſſarium eſſe poteſt, vt ipſe compareat coram principe, quoniam id non minus ſolemnitatem conficit; ſed prius adparet ex in initio memorata *L.* 19. *C. de teſtam.* Neque minus

3) illa

3) illa nobis nouum exhibet argumentum, quo ſententiam noſtram munire poſſumus. Eius ex ſententia heredi inſtituto nihil pertimeſcendum eſt, ſi, oblatas preces ſecundum voluntatem defuncti, idoneis teſtibus adprobare poſſit; illud autem cogitandum eſt, vbi quoque preces ab ipſo teſtatore haud ſunt oblatae. Quibus aliud placet, ii non minus ad *L.* 19. *C. de teſtament.* prouocant atque in illa plura loca deprehendi credunt, quae ipſis faueant, quum legislatores teſtamentum mera fide inſertum eſſe precibus tradunt: vt princeps, cui vltima voluntas offertur, eius conſcientiam habeat, requirunt hocque non; niſi in nuncupatiuo teſtamento, teſtatoris praeſentiam requirente, locum habere credunt: illud teſtamentum comparant cum poſtremo mentis iudicio, quod quis auribus priuatorum publicauit, hisque addunt, ſe velle voluntates hominum audire; nec iubere ac eiusmodi teſtamentum per ſupplicationem auribus principis intimari. Quum inter hos aduerſarios locum tenent MATTH. BERLICHIVS, *part.* III. *concluſ.* 4. *num.* 28. GOTTFR. BARTHIVS *diſſ. de teſtamento comiti oblato cap.* II § 3. in eius *diſſertationibus*, p. 257. ac FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniuerſi*, *tom.* IV. p. 469. noſtram in ſententiam diſceſſerunt SAM. STRYCKIVS, *de cautelis teſtamentor. cap.* 7. et 8. OTTO TABOR *de teſtamento comiti; aut principi oblato*, *cap.* I. *theſ.* 10. *tom.* I. *tractat.* p. 586 FRANC. CAR. CONRADI *de teſtamento publico; quod fit apud acta*, §. 18. Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER *obſ. iuris vniuerſi*, *tom.* I. *obs.* 17. neque minus illam ipſe defendi copioſiusque expoſui in *diſſ. de teſtamento*, *principi oblato*, *cap.* II. §. 4. *tom.* I. *opuſculor.* p. 139.

§. III.

Digitized by Goog

§. III.

Si testamentum principi offertur, ex sententia iuris Romani, sola principis praesentia non sufficit; sed necesse est, vt fiat illud in praesentia aliorum.

1) Requirunt imperatores quidem minime initio *L.* 19. *C. de testamentis*, vt eiusmodi testamentum exhibeatur inter nobiles, probatasque personas, siue sub iis intelligamus cum CHRIST. VLRIC. GRVPEN, *obseruat. de forma testamentor. iudicial.* II. §. 2. p. 86. comites consistorii; siue alias personas fide dignas *); profecto ta-

*) Elegans profecto est quaestio, num quondam necesse fuerit, vt testator principi testamentum suum offerret in consistorio principis; an id quoque extra illud licitum fuerit. Quantum scio, IAC. CVIACIVS *tom. 2. opuscular. posthumorum*, p. 743. primus fuit, qui hoc crederet. Sequuti eum sunt IAC. GOTHOFREDVS ad *L.* 6. *cod. Theod. de inofficioso testamento*, HVGO DONELLVS ad L. 19. *C. de testamentis*, CHRIST. VLRIC. GRVPEN *obs. de forma conficiendi acta apud Romanos et de forma testamentor. iudicial. obs.* II. §. 2. p. 85. et FRED. ES. PVFENDORFIVS, *obseruat. iuris vniuersi*, *tom.* IV. *obs.* 197. p. 417. ego vero ab meritissimis his viris discessi, *diss. de testamento principi oblato. cap.* II. §. VI. in *opusculis*, *tom.* I. p. 146. idque, vti arbitror, non sine ratione. Tria sunt argumenta, ex quibus illud aduersarii concludere volunt. Ante omnia prouocant ad loquendi formulam, qua *L.* 19. *C. de testament.* de eiusmodi testamento principi oblato, adseritur, illud mera fide insertum esse precibus; neque perpendunt, quod haecce mera fides obtinuerit; antequam oblatio testamenti accideret, ideoque neque principi; neque eius consistorio illam tribui ac profecto eum falli, qui aetate horum principum non; nisi in consistorio quidquam merae fidei dari sibi persuaderet. Idem deinde quidam concludere volunt ex tot nobilibus probatisque personis, in quarum praesentia ipsorum ex opinione tale testamentum principi sit offerendum; verum enim vero eorum solum men-

tamen haud memorasſent, eiusmodi teſtamentorum conſcios eſſe nobiles aliosque viros ſpectatae fidei; niſi

ii

mentio fit, quod nobiles illi aeque ac aliae probatae perſonae praeſentes fuerint, quum Carulini teſtamentum principi offerretur, quod principibus occaſionem ſuppediteret, memoratum exarandi reſcriptum ac ne ſyllaba quidem adeſt, ex qua liqueret, principes non; niſi eorum nobilium aliorumque egregiorum hominum praeſentia teſtamentum recipere voluiſſe, etſi quoque hoc concedere vellemus, profecto principes illa aetate tot nobilibus fuiſſe ſtipatos, vt quoque praeter comites conſiſtorianos exſtarent, qui eos comitarentur; nec certo hi ſub illis intelligi poſſunt. Reſtat adhuc tertium argumentum, quod ex *toto illo iure imperatoris illius in ſcriniis conſtituto* capi ſolet, cuius in fine legis mentio fit, ſine dubio illud grauitate reliquis antecedit; verum enimuero nihil aliud per id indicarunt; quam quod preces a teſtatore principi oblatae in vnum ſcriniorum principis ſint referendae ibique cuſtodiendae; quum autem in quatuor illa ſcrinia, videlicet *ſcrinia memoriae, dispoſitionum, epiſtolarum* ac *libellorum* diuiderentur nulloque modo probari poteſt, in illis ſolum repoſita fuiſſe, quae in conſiſtorio principum eſſent geſta, neque ex illis conſtat; teſtamenta non; niſi in principum conſiſtoriis eſſe oblata. His accedit, quod conſiſtoriorum neque in *L.* 19. *C. de teſtam.* neque in *nou. Valent.* 4. mentio ſit facta; ſed haec potius *altaris* auguſti meminit ac ſub hoc ipſa auguſti perſona ſine dubio ſit intelligenda: vel minimum IAC. GOTHOFREDVS, *gloſſ. nomico, tom.* VI. *cod. Theod.* p. 148. coniecturam ſuam, altaria illa in illa nouella aeque ac *L. fin. cod. Theod. de relat.* ſcrinia denotaſſe, neutiquam probare potuiſſe. Si neceſſarium fuiſſet, vt eiusmodi teſtamentum in conſiſtorio principi exhiberetur, illud profecto teſtamentum fuiſſet iudiciale; neque ab hoc diſtingui potuiſſet. Haud profecto de eo adfirmari poteſt, quod omnem teſtamentorum ſollemnitatem ſuperaret, vti tamen illud ab legislatoribus eſt factum atque ipſe GRVPENIVS recte animaduertit, teſtamenta illa actis palatinis eſſe inſerta, ſi ſint oblata principi in conſiſtorio; verum enim vero ea, de quibus iam loquor, illis noſtra in lege, nimirum *L.* 19. *C. de teſtam.* opponuntur, quae *actis iudicium publicantur*. Porro legislatoribus profecto haud opus fuit, vt requirerent ideneos

ii in eius oblatione praesentes fuerint. Quum potius rationem, cur illa testamenta omnem solemnitatem superent, in eo simul ponunt, quod perueniant ad notitiam nobilium ac probatarum personarum: earum quoque praesentiam necessariam esse, haud obscure significant. 2) Non solum ob praesentiam principis testamentum, ipsi oblatum, validum iudicant; sed simul ob id, quod totum ius, quod imperatoris in scriniis est constitutum, eius rei simul sit testis. In fine tandem 3) idoneorum testium mentio fit, quibus heres possit adprobare oblatas preces secundum voluntatem defuncti; illud vero fieri non potuisset, si sola principis praesentia hoc loco sufficeret; neque vero minus 4) idem docet *nouell. Valentiniani, tit.* IV. *de testament.* Aliud putant, propterea quod verba, quibus nobilium probatarumque personarum mentio fit, solum enunciatiua esse putant, ac rationem legis, quae tantam fidem tribuit receptioni vltimae voluntatis a principe factae, solum in auctoritate principis eiusque conscientiae ponunt Otto Tabor, *loc. cit.* Sam. Stryckivs, *de cautel. testam. cap.* XVII. §. 12. p. 294. Io. Henr. Bergervs *oecon. iuris libr.* II. *tit.* IV. §. 2. p. atque alii.

§. IV.

neos testes, quibus heres oblationem testamenti, principi factam secundum voluntatem defuncti probet, si in ipso Consistorio ea peracta, vti est factum citata *L.* 19. *C. de testament.* meritoque est notandum, imperatores Honorivm et Theodosivm solum eiusmodi in testamento oblationem; Valentinianvm autem *nou.* 4. non; nisi oblationem precum aeque ac principis testimonium requirere. Principem quoque de iis, quae extra consistorium peragantur, testari potuisse, nemo in dubium vocabit.

§. IV.

Per procuratorem testamentum iudici offerri non potest.

Secundum ius antiquum nullo modo procurator, vbi testamentum iudici est offerendum, admitti potest, quum testamenti factio propter mancipationem, quae cum illa est coniuncta, vti patet ex Vlpiano, *fragmentor. tit.* XX. §. 9. ac Iustiniano, §. 2. *I. de testam. ordinand.* inter actus legitimos esset referenda hique per procuratorem expediri haud possent, secundum *L.* 123. *D. de R. I.* Quum ordinarie, quae de testamentis olim valuerunt; nisi sint expresse abrogata, adhuc hodie valent, ex his argumentum capere possumus, neque nostra aetate testamentum per mandatarium iudici esse exhibendum; sed id clarum facere possumus etiam ex aliis argumentis, quibus maius inest robur. 1) Quidquid reddere potest voluntatem testatoris incertam, illud abesse debet a testamenti factione, id quod ex eo perspicimus, quod legumlatores tam sedulo, fidei rationem habendam esse in vltimis tabulis, *L.* 12. *C. de testament.* obseruant: immo ab iis requirunt *fidem meram*, id est puram, cui nulla immixta est dubitatio, *L.* 12. *cod. Theod. de censitor.* Apvleivs, *in apolog.* p. 320. Barn. Brisson, *de verbor. significat. libr.* XI. *voc.* merus, p. 826. edit. Heineccii. Sed ista voluntas non extra omne dubium est posita, vbi eam exhibuerit procurator, quoniam fieri potest, vt mandatum fit fictum; neque liquet, quatenus mandatarius fines mandati praescriptos seruauerit, post mortem testatoris. 2) Quum in testamentis priuatis praesentia testatoris est necessaria, vt, nisi illum testes viderint, testamentum esset inualidum, id quod videmus ex *L.* 9. *et* 12. *C. de testamentis*, ac *Rec. imper. Colonienss. de anno* 1571. *tit. von Testamenten*, §. *Nun die Form.*

Form. merito idem adfirmandum eſt de iudiciali teſtamento, quoniam hoc a priuato in eo ſolum differt, quod loco teſtium iudex teſtamenti factioni intereſt, *L.* 19. *C. de teſtamentis* et ideo in eo ſolummodo ſollemnitates ceſſant, quae circa perſonas teſtium requiruntur in teſtamentis priuatis. Quum ſecundum *L.* 19. *C. de teſtament.* iudiciale teſtamentum aliter cogitari nequit; quam ſi quis actis iudicis; vel principum publicauit poſtremum iudicium; nec adiectum, illud fieri poſſe per procuratorem; neque illud concedere poſſumus teſtatori quumque porro 4) teſtamenta publica ac priuata in declaratione vltimae voluntatis ita differre tradit, vt illa in teſtamento publico publicatione poſtremi iudicii, quae fit actis ac in priuato publicatione expediatur, quae fit auribus priuatorum, haud fallimur, vbi reliqua requiſita declarationis illius in teſtamento priuato etiam adeſſe debere ſtatuimus, ſi actis illud ſit inſinuandum. Inter ea praeſentiam teſtatoris locum tenere, extra omnem dubitationem eſt poſitum, quumque ea non adeſt, ſi teſtator per procuratorem iudici teſtamentum exhibet: nec illud ipſi eſt licitum. Si tandem 5) in reuocatione teſtamenti procurator non admittitur, *L.* 27. *C. de teſtament.* multo minus procuratori teſtamentum offerre licet *). Praecipua

*) His quum ex rationibus iam demonſtrandam duco ſententiam meam, teſtamentum iudici per procuratorem offerri haud poſſe: conſulto eo argumento iam ſupercedeo, quod quidam ex loquendi formulis, *L.* 19. *C. de teſtamentis* obuiis, ducunt, videlicet ea, qua imperatores declarant, ſe voluntatem hominum audire velle; nec iubere atque ea, qua teſtamentorum mentio fit, quae per *ſupplicationem auribus* ſint *intimanda*. Si illas ante omnia in ſe conſideramus, priore imperatores HONORIVS ac THEODOSI-

argumenta, quibus aduerſarii vtuntur, ſunt, quod grauiſſima negotia per procuratorem expediri poſſunt, ſedum *L. 72. de R. I.* in 6to ac *L. 3. §. fin. D. de donat. inter vir. et vx.* vel miniminum ab iis, quae procuratori mandari queunt, non ſit excepta oblatio teſtamenti per procuratorem; omnia vero negotia, quae hoc nomine ſpeciatim haud ſint excepta, procuratori committere liceat: quicunque actus per ſupplicationem; aut oblatas preces expediri poſſit, non exigat perſonae principalis praeſentiam; prius autem adfirmandum ſit de oblatione teſtamenti ob loquendi formulas, de ea *L. 19. C. de teſtamentis* adhibitas, *per ſupplicationem auribus imperatoris*

vt ſolum ſignificare volunt, cur haud opus eſſe credunt reſcripti, ſi vltima voluntas ſit exhibita. Opponunt itaque *vt audire vt iubere* ac ſub iſto quemliber modum percipiendi voluntatem alterius intelligunt. Adhibetur hoc ſenſu vocabulum illud omnibus illis locis, quibus audiri, vel non audiri traditur eos, qui quidquam deſiderarent, poſtularent, vellent; vel offerrent. Eorum ſunt innumeri, vti conſtat ex iis, quae tradidit BARN. BRISSONIVS, de *verborum ſignificat. libr.* 2. p. 115. ed. HEINECCII. Simili ratione nec quidquam colligi poteſt ex eo, quod eiusmodi teſtamentum auribus imperatoris ſit intimandum. Potiſſimum memoria eſt dignum, quod *L. 66. C. de adpellat.* ſit ſancitum, vt cogantur ii, qui a ſententia quadam adpellauerint, *conſultationes iudicum*; ſiue quod idem eſt, *apoſtolos auribus principis intimare* neque minus *L. 4. cod. Theod. de legat. et decret.* de petitionibus ciuitatum, auribus clementiae imperatoris intimandis eſt ſermo. Quum integrae ciuitates haud facile aliter; quam ſcriptis deſideria ſua caeſari declarare poſſent: quilibet videt, nec ex hac formula colligi poſſe, quod praeſentia teſtatoris fuerit neceſſaria, ſi quoque iam ad id haud reſpicere volumus, quod hoc de verbo tradiderunt praeter BRISSONIVM IAC. GOTHOFREDVS *gloſſ. nom. cod. Theod. tom.* VI. p. 221, ac CHRIST. VLRIC. GRVPEN, *de forma conficiendi acta apud Romanos obs.* 1. p. 41. quibus ea iungas, quae opinionem meam de oblatione *diſſ. de teſtam. principi oblato, cap.* 11. *tom.* 1. *opuscular*, p. 139. protuli.

vis intimari ac *oblatis precibus ſucceſſorem declarare:* porro in teſtamento principi oblato omnis ceſſet ſolennitas; neque principis; vel iudicis praeſentia requiratur; ſed his quoque permittatur, officium ſuum, vbi ipſis offeratur teſtamentum per procuratorem adminiſtrare, ac ſemper fauoris ratio ſit habenda, quibus fruantur teſtamenta. Reliquarecenſent MATTH. BERLICHIVS, *part.* III. *concluſ.* IV. *num.* 28. *ſq.* et PETR. MVLLERVS, *not. ad Struuii ſyntagm. iuris ciuil. exerc.* XXXII. *theſ.* I. *tom.* II. p. 644. eamdemque ob cauſſam aliud ſtatuunt: OTTO TABOR, *de teſtamento comiti aut principi oblato, cap.* V. *theſ.* 20. *tom.* I, *tractatuum*, p. 586. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtamentorum, cap.* VIII. p. 338. IVST. HENNING. BOEHMERVS, *conſult. et decis. tom.* II. *part.* I. *reſp.* 643. LVD. MENCKE, in *gymnaſ. polem.* p. 179. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCLIV. *med.* 4. GOTTFR. DAN. HOFMANNVS, *obſeruat. teſtamentariis*, p. 14. Io. FLOR. RIVINVS. *diſſ. de teſtamento per procuratorem oblato*, Lipſ. cIↃIↃCCXXXV. DAV. GEORG. STRVBEN, *rechtl Bedencken, tom.* I. p. 316. et *tom.* IV. p. 230. GEORG. SAM. MADIHN *diſſ. de valit id, teſtamenti non rite oblati*, Halae cIↃIↃCCLXXI. ac LEON. HENR. LVD. GEORG. DE CANNEGIESSER *in decis. ſummi prouocat. ſenat. Haſſiaco-Caſſelani*, *tom.* I. *decis.* 21. *num.* 7. ſed noſtram probant ſententiam BENED. CARPZOVIVS. *deciſ.* 293. NIC. CHRIST. LYNCKER, *cent.* I. *reſol.* 20. Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* IV. *theſ.* II *not.* 2. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS. *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* I. §. 44. *tom.* II. p. 794. CHRIST. PHIL. RICHTER, *part.* I. *deciſ.* 30. MATTH. BERLICH. *part.* III. *concluſ.* IV. *num.* 31. DAV. MEVIVS, *ad ius Lubecenſ. part* II *tit.* I. *art.* I. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* IV. *obſ.* CXCVII. p. 416. ac WOLFG. ALB. SPIESIVS, *diſſ. de teſtamento iudici per procuratorem non offerendo*, Altorfii cIↃIↃCCXXXXIII. quibus Io. GVIL. GADENDAM *diſſ.*

de teſtamento iudici per procuratorem ad acta exhibito, Kilonii cIↃIↃCCLXX. iungas.

§. V.

Si iudici simul officium, res, quae penes eum geruntur, litteris consignandi, est demandatum, ei insinuari potest testamentum, absente actuario; vbi autem illud officium ipsi est haud creditum, praeter illum actuarius etiam praesens esse debet.

Ratio huius distinctionis in eo est ponenda, quod sedulo tantum separare debeamus in actu, quo testamentum conditur, ipsam insinuationem ac testimonium publica auctoritate de ea exhibendum et ad illam solus iudex; ad hoc autem persona publica auctoritate ad res, quae in iudicio geruntur conscribendas, constituta requiratur; qui vero sine distinctione actuarium abesse putant, argumentum potissimum ex eo petunt, quod in iure praesentia actuarii nunquam requiratur. Quaestio haec, diuersa tamen ratione, decidituv ab AVG. LEYSERO, *spec.* LXXI. *med.* 4. Io. CHRIST. BALSER *de forma teſtamenti extraiudicialis externo*, §. 84. *et* 89. Io. VLRIC. CRAMERO, in *den Wezlariſchen Nebenſtunden, part.* X. p. 80. IVST. HENNING. BOEHMER, *conſult. decis. tom.* III. *reſp.* 497. DAV. GEORG. STRVBEN, *rechtl. Bedencken, tom.* II. *Bed.* 51. p. 17. atque inprimis vi. GEORG. SAM. MADIHN, *de validitate teſtamenti non rite oblati*, §. XVIII.

§. VI.

Si actuarius ad recipiendum testamentum in domum testatoris deputatur, secundum ius ciuile sine dubio valide negotium hoc solus peragere potest, vt, si quoque haud stipatus sit testibus; vel scabinis, validum sit testamentum.

1) Quocunque modo actis iudicis insinuari potest testamentum, eodem modo rite potest condi secundum *L.* 19. *C de testamentis;* per actuarium autem quidquam insinuari posse actis, nemo profecto in dubium vocabit. 2) Iudici soli posse offerri testamentum, certum est hocque a DAV. GEORG. STRVBEN, in *den rechtli hen Bedencken, tom.* II. *Bed.* LL. p. 171. atque aliis iam demonstratum. Neque minus constat, iudicem posse negotia, quae ipsi incumberent, alii committere, secundum *L.* 5. *D. de manumiss.* ac *L.* 2. *C. de emancipationibus;* hoc vero iterum de veritate propositionis nostrae conuincit; neque nobis obstat, quod actuarius potissimum ea, quae in iudicio geruntur, litteris consignat et hoc nomine a iudice discrepat Licet id ingenue concedere me oporteat; nemini tamen ignotum est, quod quis iudicis aeque ac actuarii partibus simul fungi possit, quemadmodum STRVBENIVS, *loc. memorat.* copiosius monstrat. Plerique iurisconsultorum atque in his ANTON. FABER *in cod. Sabaudico, libr* VI. *tit.* V. *def.* 23. ANT. MERENDA, *controuersiar. ill. libr.* III *cap.* 47. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III *cap.* 3. *def.* 18 ac SAM. STRYCKIVS, *cautel. testamentor. cap.* VII. §. 28. p. 375. aliter sentiunt; nobiscum tamen conuenit AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCLIV. *med.* 3.

§. VII.

Testamentum, quod testator, postquam conditum est, recipit, ita inuolutum esse debet, vt inuolucrum, vbi illud est priuatum, testium; vbi autem publicum, iudicis sigillo sit munitum.

Duobus membris constat haec propositio, quorum vtraque litigiosa fuit. Quod ad prius attinet, quo te

ſtatori recipere teſtamentum permittimus; neque per illud voluntatem vltimam infirmari cenſemus, eius veritatem inprimis ex *L.* 19. *C. de teſtam.* probamus, quae formam inſinuandi teſtamenta praeſcribit, neque, vt in iudicio reſeruetur, poſtulat; iurisconſulti tamen iam hac de re diſputant, quum inter illos MATTH. BERLICHIVS, *part.* III. *concluſ.* 4. *num.* 46. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* III. *def.* 30. GOTTFR. BARTHIVS, *de teſtamento comiti oblato, cap.* 7. §. 4. atque inprimis FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniuerſi, tom.* III. p. 421. noſtram tuentur ſententiam et ab ea FINCKELTHAVS, *obſ.* XII. cum aliis alienus exiſtit. Legendus inprimis hac de re eſt FRID. BEHMERVS, *iur. controuerſo, obſ.* LVI p. 335. Neque vero minus poſterius membrum recte ſeſe habet. 1) Clare id iubet *L.* 21. *C. de teſtamentis*, quum eius ex ſententia teſtamentum inuolutum adhuc ſignandum ſit a teſtibus; ſed longe clarius rem probat *L.* 22. §. 7. *D. qui teſtam. facere poſſ.* Signatas, ait, tabulas tum demum dicendas eſſe, ſi linteo tabulae ſunt inuolutae, atque ei inpreſſa ſigna; teſtamenta autem ordinarie, ſine diſcrimine, ſignanda erant. 2) Supra iam monſtratum, a teſtamenti factione abeſſe debere, quicquid vltimam voluntatem reddit incertam. Incerta foret vltima voluntas, ſi recipere liceret teſtatori tabulas, teſtium; ſeu iudicis ſignaculis non clauſas, quum nemo facile certe perſuaderi poſsit, teſtamentum, quod a defuncto teſtatore exhibeatur, idem eſſe, quod ipſe teſtibus; ſeu iudici obtulerit; qui vero hoc haud neceſſarium eſſe, adſerunt, id ideo negant, quod in iure haud requiratur obsignatio teſtamenti iudici oblati ab eo facienda: potiſsimum hac de re nihil cautum sit *L.* 19. *C. de teſtam.* et repetitio teſtamenti iudicio permiſſa. Inter eos, qui quaeſtionem hanc in medium protulerunt, memorandus eſt IO. SCHILTERVS,

nvs. *prax. iur. Rom. exerc.* XXXVIII. §. 72. Nostram tuetur sententiam eamque doctissime exponit CHR. VERIC. GRVPEN, *observationibus de forma conficiendi acta apud Romanos, et de forma testamentorum iudicialium et privatorum in scriptis et de sinceritate testamentorum sub testificatione actorum siue testium indubitata fide seruanda, munienda, vallanda*, Hannou. CIↃIↃCCLIII. contrariae autem fautor exstitit FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obs. iur. vniu. tom.* III. p. 421.

§. VIII.

In testamento parturientis feminae loco masculorum testis officio fungi haud possunt.

Masculos esse debere regulariter testes testamentarios clare legibus cautum est; neque vero huic regulae exceptio adiicitur, si parturiens testamentum condere velit. Vbi lex non distinguit, neque iurisconsulti est, distinguere. Qui aliud statuunt, potissimum ad *L.* 183. *D. de reg. iur.* ac *L.* 8. *C. de iudiciis* prouocare solent, ac simul argumentum petunt ex *L.* 29. §. 2. *D. mandati.* In *diss. vtrum testamenta parturientium inter cetera sequioris sexus iura sint; vel esse debeant priuilegiata*, quae CORN. VAN ECK, cuius sub auspiciis Vltraiecti ann. CIↃIↃCXCV. est defensa, tribui solet; sed a MICH. potius BRVMMERO; seu potius alio est conscripta, principia fouentur, quae fauere videantur sententiae aduersariae. Neque minus illa patronum inuenit in AVG. LEYSERO, *spec.* XIV. *med.* 5. Sed hoc nomine castigatur a FRANC. IOS. HARTLEBEN, *meditat. in pandectas tom.* I. *part.* II. *spec.* XVIII. p. 59. et IO. ERN. IVST. MVLLERO, *obs. pract. in Leysernm, vol.* I. *fac.* I. p. 276. Ceterum supra memoratam commenta-

tionem in lucem denuo edidit CHRIST. GOTTL. REINHARDVS, Ienae, CIↃIↃCCXLV.

§. IX.

Coecus in testamento testis esse nequit.

1) Necesse est, vt testes, qui in testamento condendo praesentes esse debeant, testatorem videant, vt docent hoc haud obscure DIOCLETIANVS et MAXIMINIANVS, *L. 9. C. de testament.* vbi, nullo iure testamentum valere, tradunt, si testes in conspectu testatorum haud officio sunt functi. Rationem, 2) cur testamentifactioni tanta fides sit tribuenda, in eo ponit, quod tot oculis testium spectetur, *L. 8 C. qui testament. facere possint;* sed in coeco teste cogitari id nequit. 3) Si testium testamentariorum officium est, chirographo adnotare, quis et cuius testamentum signauerit, coecus illud in se suscipere haud potest; verum enim vero prius liquet ex *L. pen. D. qui testamenta facere poss.* 4) Qui est testis, sigillum testamento adpositum recognoscere debet ex sententia *L. 4. D. testam. quemad. aperiantur;* neque vero illud tribui potest testi testamentario coeco. Tandem 5) certum est, eum in finem testes adhiberi, vt constet, nullam admissam esse in isto quamdam fraudem; hoc autem coecus etiam adserere haud potest. Sunt, qui inter testamentum nuncupatiuum et scriptum distinguunt et in illo testem coecum admittunt, quoniam *§ 6. I. de testamentis.* de scripto testamento sermo sit ac *§. vlt.* nuncupatiui demum mentio facta; neque minus quoque coecus auditu percipere memoriaque tenere possit, quae eius in praesentia fierent, atque ita sentiunt DIETER. GVIL. MATTHIAE, *diss. de testimonio coeci et surdi in testamento.* Erford. CIↃIↃCLXXXXIII. et AVG. FRID. SCHOTTVS, diss. *de coeco idoneo in testamenti factio-*

factione teſte, Lipſiae cIↃIↃCCLXXIII. ſed Io. HARPRECHT, ad §. 6. *I. de teſtam.* SAM. STRYCKIVS, *de iure ſenſ. diſſ.* III. *num.* 36. et PETR. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* XXXII. *theſ.* 12. *tom.* II. p. 652. nobiscum faciunt, hisque etiam acceſſit V. C. Io. CHRIST. KOCH, *progr. de conſpectu teſtatoris L.* 9. *C. de teſtamentis*, Gieſſae cIↃIↃCCLXXV.

§. X.

Surdus testis in testamento potest esse, vbi est scriptum; minime autem, vbi est nuncupatiuum.

Si teſtamentum eſt nuncupatiuum, neceſſe eſt, vt ipſe teſtis voluntatem teſtatoris auribus percipiat, eamdemque ob cauſſam ſurdus teſtis officio fungi nequit; minime autem id ſtatuendum eſt, vbi ſurdus teſtem peragere velit in teſtamento ſcripto. Quum 1) in iſto ipſa voluntas contineatur teſtatoris hancque ob cauſſam ſolum requiratur, vt teſtator teſtibus praeſentibus teſtamentum, hoc a ſe ipſo eſſe conditum, declaret, atque hoc tam verbis; quam factis fieri poteſt; neque facultas, auribus quid percipiendi, in teſte eſt neceſſaria. Si certum 2) eſt, vti eſt, haud intereſſe, vtrum quis nihil audiat; an id, quod audit, non intelligat, ipſe VLPIANVS, hoc in caſu ſurdos teſtium in cenſum admittit, vbi eiusmodi in teſte intelligentiam ſermonis non exigi, *L.* 20. §. 9. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* clare ſcribit. Qui cum ANT. MATTHAEI, *tractat. de ſucceſſionibus, exerc.* XXXII. *theſ.* 12. ac WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIO, *colleg. theor. practic. libr.* XXVIII. *tit.* 1. *tom.* II. p. 807. ſurdos inter teſtes inhabiles, ſine omni diſtinctione, numerant, ad §. 6. *I. qui teſtam. facere poſſ.* ac *L.* 9. *C. de teſtamentis* prouocant.

§. XI.

§. XI.

Sanguinis vinculum, quo quis cum testatore; vel herede est iunctus, haud impedit; quo minus is testem testamentarium agat.

Quum 1) imperator tradit, in testibus non debere esse eum, qui in potestate testatoris est, merito ex eo concluditmus, omnes illos, qui non sunt in potestate testatoris, testes esse posse. Quoniam deinde 2) solemnitatis tantum caussa testes adhibentur, iis haud nocere potest; vtilitas, quam ad eos ipsos redundat ideoque etiam sanguinis vinculum impedimento ipsis esse nequit. Eadem ratione 3) memoratu dignum est, solum patrem heredis, qui illum habet in potestate ac fratrem, qui sub eadem potestate existit, §. 10. *I. de testamentis ordinandis* a testimonio excludi. Haud obscure itaque patrem, qui filium, heredem, emancipauit aeque ac fratres emancipatos admittit ac per id iterum sanguinis vinculum hic in re non obstare heredi, indicat *). Aliud censent ob §. 9. *I. de testam. ord.* Io. SCHNEIDEWIN, ad §. 10. *I. de testam.*

SAM.

*) Omnia haec belle illustrat VLPIANVS, *L.* 20. §. 1. et 2. *D. qui testamento facere possunt*, quum quidem a numero testium testamentariorum excludit eos, qui in potestate sunt testatoris; minime tamen eorum liberorum meminit, qui in eius potestate non sunt; eamdem vero ob rationem elegantem illam quaestionem in medium profert: an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ad testamentum tamquam testis possit? atque addit, omnino id licitum esse, secundum opinionem MARCELLI ac simul ex eo quoque concludit, neque ideo fratrem excludi posse. Ab his discedere IVSTINIANVS: immo VLPIANO nostro prorsus refragari videtur, quum quidem negat, eum, qui in testatoris potestate est; siue filiumfamilias testis officio fungi posse; sed addit, *sed*

Sam. Stryckivs, *de iure domesticorum, cap. 6. §. 4.* Io. Brvnnemannvs, *ad L. 20. D. de testam.* Bened. Carp-

si filiusfamilias de castrensi pecvlio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis; nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium. §. 9. I. de testam. ord. Haud statuere possumus, mendo forsan locum hunc laborare. Rara profecto sunt institutionum loca, quorum lectio est dubia et vel minimum eorum in censum illud effatum nullo modo referre possumus, quum ipse Theophilvs nobis id ita exhibet. Haud difficile quoque est, diuinare, quare hoc Triboniano in mentem venerit, quum profecto non sine caussa eo de filiosamilias loquitur, qui de peculio castrensi post missionem testatus est, quumque ei quidem de peculio castrensi; non tamen iure militari testari licet, in eiusmodi actu quoque patrem tanquam testem admittere haud voluit. Omnia haec libens concedo; quoniam autem reuera per id quidquam tradit, quod iuri non est conforme; neque id ea fit ratione, vt pateat, nouam quamdam Iustinianum his verbis concedere legem, eius haud rationem habemus et solum rem ex supra adlegata lege digestorum diiudicamus. Memoratu dignum est, ipsum Theophilvm certo modo errorem, in quem inciderent auctores, institutionum, perspexisse eamdemque ob caussam hoc modo illorum praeceptum cum aliis conciliare studuisse, vt adiiceret, *domesticum testimonium non ex cognatione: sed coadunatione per potestatem patriam creatur.* Non sine quidem iure hac de re notatus est graecus ille interpres a M. Avrel. Galvano, *de vsufructu, cap. VIII. §. 18.* aeque ac Lvd. Charonda, *libr. II. verisimil. cap. 12. tom. I. thesaur. iuris Romani* Ev. Ottonis p. 755. quum paterfamilias patriae potestati subiectus esse nequit; filius autem familias, vbi de peculio castrensi testatur, pro patrefamilias est habendus, secundum *L. 2. D. ad SC. Maced.* ideoque intuitu huius negotio patria potestas, cui alioquin est subiectus, prorsus cessat; nec vllo modo ad illam respici potest; nihilo tamen minus id tacite nobis significat, plane aliud in iure ciuili obtinere praeceptum de testimonio patris in testamento, quod filius de peculio condit castrensi. Licet quoque neque Marcellvs; neque Vlpianvs rationem reddant, cur illud sine vllo discrimine validum

§. XI.

Sanguinis vinculum, quo quis cum testatore; vel herede est iunctus, haud impedit; quo minus is testem testamentarium agat.

Quum 1) imperator tradit, in testibus non debere esse eum, qui in potestate testatoris est, merito ex eo concludimus, omnes illos, qui non sunt in potestate testatoris, testes esse posse. Quoniam deinde 2) solemnitatis tantum caussa testes adhibentur, iis haud nocere potest; vtilitas, quam ad eos ipsos redundat ideoque etiam sanguinis vinculum impedimento ipsis esse nequit. Eadem ratione 3) memoratu dignum est, solum patrem heredis, qui illum habet in potestate ac fratrem, qui sub eadem potestate existit, §. 10. *I. de testamentis ordinandis* a testimonio excludi. Haud obscure itaque patrem, qui filium, heredem, emancipauit aeque ac fratres emancipatos admittit ac per id iterum sanguinis vinculum hic in re non obstare heredi, indicat *). Aliud censent ob §. 9. *I. de testam. ord.* Io. SCHNEIDEWIN, ad §. 10. *I. de test.* SAM.

*) Omnia haec belle illustrat VLPIANVS, *L.* 20. §. 1. et 2. *D. qui testamento facere possunt*, quum quidem a numero testium testamentariorum excludit eos, qui in potestate sunt testatoris; minime tamen eorum liberorum meminit, qui in eius potestate non sunt; eamdem vero ob rationem elegantem illam quaestionem in medium profert: an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ad testamentum tamquam testis possit? atque addit, omnino id licitum esse, secundum opinionem MARCELLI ac simul ex eo quoque concludit, neque ideo fratrem excludi posse. Ab his discedere IVSTINIANVS: immo VLPIANO nostro prorsus refragari videtur, quum quidem negat, eum, qui in testatoris potestate est; siue filiumfamilias testis officio fungi posse; sed addit, *sed si*

SAM. STRYCKIVS, *de iure domesticorum, cap.* 6. §. 4. IO. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 20. *D. de testam.* BENED. CARP.

si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte adhibetur testis; nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium. §. 9. *I. de testam. ord.* Haud statuere possumus, mendo forsan locum hunc laborare. Rara profecto sunt institutionum loca, quorum lectio est dubia et vel minimum eorum in censum illud effatum nullo modo referre possumus, quum ipse THEOPHILVS nobis id ita exhibet. Haud difficile quoque est, diuinare, quare hoc TRIBONIANO in mentem venerit, quum profecto non sine caussa eo de filiosamilias loquitur, qui de peculio castrensi post missionem testatus est, quumque ei quidem de peculio castrensi; non tamen iure militari testari licet, in eiusmodi actu quoque patrem tanquam testem admittere haud voluit. Omnia haec libens concedo; quoniam autem reuera per id quidquam tradit, quod iuri non est conforme; neque id ea ratione, vt pateat, nouam quamdam Iustinianum his verbis concedere legem, eius haud rationem habemus et solum rem ex supra adlegata lege digestorum diiudicamus. Memoratu dignum est, ipsum THEOPHILVM certo modo errorem, in quem inciderent auctores, institutionum, perspexisse eamdemque ob caussam hoc modo illorum praeceptum cum aliis conciliare studuisse, vt adiiceret, *domesticum testimonium non ex cognatione: sed condunatione per potestatem patriam creatur.* Non sine quidem iure hac de re notatus est graecus ille interpres a M. AVREL. GALVANO, *de vsufructu, cap.* VIII. §. 18. aeque ac LVD. CHARONDA, *libr.* II. *verisimil. cap.* 12. *tom.* I. *thesaur. iuris Romani* EV. OTTONIS p. 755. quum paterfamilias patriae potestati subiectus esse nequit; filius autem familias, vbi de peculio castrensi testatur, pro patrefamilias est habendus, secundum *L.* 2. *D. ad SC. Maced.* ideoque intuitu huius negotio patria potestas, cui alioquin est subiectus, prorsus cessat; nec vllo modo ad illam respici potest; nihilo tamen minus id tacite nobis significat, plane aliud in iure ciuili obtinere praeceptum de testimonio patris in testamento, quod filius de peculio condit castrensi. Licet quoque neque MARCELLVS; neque VLPIANVS rationem reddant, cur illud sine vllo discrimine validum

§. XI.

Sanguinis vinculum, quo quis cum testatore; vel herede est iunctus, haud impedit; quo minus is testem testamentarium agat.

Quum 1) imperator tradit, in testibus non debere esse eum, qui in potestate testatoris est, merito ex eo concludimus, omnes illos, qui non sunt in potestate testatoris, testes esse posse. Quoniam deinde 2) solemnitatis tantum caussa testes adhibentur, iis haud nocere potest; vtilitas, quam ad eos ipsos redundat ideoque etiam sanguinis vinculum impedimento ipsis esse nequit. Eadem ratione 3) memoratu dignum est, solum patrem heredis, qui illum habet in potestate ac fratrem, qui sub eadem potestate existit, §. 10. *I. de testamentis ordinandis* a testimonio excludi. Haud obscure itaque patrem, qui filium, heredem, emancipauit aeque ac fratres emancipatos admittit ac per id iterum sanguinis vinculum hac in re non obstare heredi, indicat *). Aliud censent ob §. 9. *I. de testam. ord.* Io. SCHNEIDEWIN, ad §. 10. *I. de test.* SAM.

*) Omnia haec belle illustrat VLPIANVS, *L.* 20. §. 1. et 2. *D. qui testamento facere possunt*, quum quidem a numero testium testamentariorum excludit eos, qui in potestate sunt testatoris; minime tamen eorum liberorum meminit, qui in eius potestate non sunt; eandem vero ob rationem elegantem illam quaestionem in medium profert: an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ad testamentum tamquam testis possit? atque addit, omnino id licitum esse, secundum opinionem MARCELLI ac simul ex eo quoque concludit, neque ideo fratrem excludi posse. Ab his discedere IVSTINIANVS: immo VLPIANO nostro prorsus refragari videtur, quum quidem negat, eum, qui in testatoris potestate est; siue filiumfamilias testis officio fungi posse; sed addit, *sed*

si

SAM. STRYCKIVS, *de iure domesticorum, cap. 6. §. 4.* Io. BRVNNEMANNVS, *ad L. 20. D. de testam.* BENED. CARP.

si filiusfamilias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius vllo adhibetur testis; nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium. §. 9. I. de testam. ord. Haud statuere possumus, mendo forsan locum hunc laborare. Rara profecto sunt institutionum loca, quorum lectio est dubia et vel minimum eorum in censum illud effatum nullo modo referre possumus, quum ipse THEOPHILVS nobis id ita exhibet. Haud difficile quoque est, diuinare, quare hoc TRIBONIANO in mentem venerit, quum profecto non sine caussa eo de filiosamilias loquitur, qui de peculio castrensi post missionem testatus est, quumque ei quidem de peculio castrensi; non tamen iure militari testari licet, in eiusmodi actu quoque patrem tanquam testem admittere haud voluit. Omnia haec libens concedo; quoniam autem reuera per id quidquam tradit, quod iuri non est conforme; neque id ea ratione, vt pateat, nouam quamdam Iustinianum his verbis concedere legem, eius haud rationem habemus et solum rem ex supra adlegata lege digestorum diiudicamus. Memoratu dignum est, ipsum THEOPHILVM certo modo errorem, in quem inciderent auctores, institutionum, perspexisse eamdemque ob caussam hoc modo illorum praeceptum cum aliis conciliare studuisse, vt adiiceret, *domesticum testimonium non ex cognatione: sed condemnatione per potestatem patriam creatur.* Non sine quidem iure hac de re notatus est graecus ille interpres a M. AVREL. GALVANO, *de vsufructu, cap.* VIII. §. 18. aeque ac LVD. CHARONDA, *libr.* II. *verisimil. cap.* 12. *tom.* I. *thesaur. iuris Romani* Ev. OTTONIS p. 755. quum patersamilias patriae potestati subiectus esse nequit; filius autem samilias, vbi de peculio castrensi testatur, pro patresamilias est habendus, secundum *L.* 2. *D. ad SC. Maced.* ideoque intuitu huius negotio patria potestas, cui alioquin est subiectus, prorsus cessat; nec vllo modo ad illam respici potest; nihilo tamen minus id tacite nobis significat, plane aliud in iure ciuili obtinere praeceptum de testimonio patris in testamento, quod filius de peculio condit castrensi. Licet quoque neque MARCELLVS; neque VLPIANVS rationem reddant, cur illud sine vllo discrimine validum

§. XI.

Sanguinis vinculum, quo quis cum testatore; vel herede est iunctus, haud impedit; quo minus is testem testamentarium agat.

Quum 1) imperator tradit, in testibus non debere esse eum, qui in potestate testatoris est, merito ex eo concludimus, omnes illos, qui non sunt in potestate testatoris, testes esse posse. Quoniam deinde 2) solemnitatis tantum caussa testes adhibentur, iis haud nocere potest; vtilitas, quam ad eos ipsos redundat ideoque etiam sanguinis vinculum impedimento ipsis esse nequit. Eadem ratione 3) memoratu dignum est, solum patrem heredis, qui illum habet in potestate ac fratrem, qui sub eadem potestate existit, §. 10. *I. de testamentis ordinandis* a testimonio excludi. Haud obscure itaque patrem, qui filium, heredem, emancipauit aeque ac fratres emancipatos admittit ac per id iterum sanguinis vinculum hic in re non obstare heredi, indicat *). Aliud censent ob §. 9. *I. de testam. ord.* Io. SCHNEIDEWIN, ad §. 10. *I. de testam.*

SAM.

*) Omnia haec belle illustrat VLPIANVS, *L.* 20. §. 1. et 2. *D. qui testamento facere possunt*, quum quidem a numero testium testamentariorum excludit eos, qui in potestate sunt testatoris; minime tamen eorum liberorum meminit, qui in eius potestate non sunt; eandem vero ob rationem elegantem illam quaestionem in medium profert: an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ad testamentum tamquam testis possit? atque addit, omnino id licitum esse, secundum opinionem MARCELLI ac simul ex eo quoque concludit, neque ideo fratrem excludi posse. Ab his discedere IVSTINIANVS: immo VLPIANO nostro prorsus refragari videtur, quum quidem negat, eum, qui in testatoris potestate est; siue filiumfamilias testis officio fungi posse; sed addit, *sed*

§

SAM. STRYCKIVS, *de iure domesticorum, cap. 6. §. 4.* IO. BRVNNEMANNVS, *ad L. 20. D. de testam.* BENED. CARP.

si filiusfamilias de castrensi pecvlio post missionem faciat testamentum, nec pater eius vllo adhibetur testis; nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium. §. 9. l. de testam. mil. Haud statuere possumus, mendo forsan locum hunc laborare. Rara profecto sunt institutionum loca, quorum lectio est dubia et vel minimum eorum in censum illud effatum nullo modo referre possumus, quum ipse THEOPHILVS nobis id ita exhibet. Haud difficile quoque est, diuinare, quare huc TRIBONIANO in mentem venerit, quum profecto non sine caussa eo de filiosamilias loquitur, qui de peculio castrensi post missionem testatus est, quumque ei quidem de peculio castrensi; non tamen iure militari testari licet, in eiusmodi actu quoque patrem tanquam testem admittere haud voluit. Omnia haec libens concedo; quoniam autem reuera per id quidquam tradit, quod iuri non est conforme; neque id ea ratione, vt pateat, nouam quamdam Iustinianum his verbis concedere legem, eius haud rationem habemus et solum rem ex supra adlegata lege digestorum diiudicamus. Memoratu dignum est, ipsum THEOPHILVM certo modo errorem, in quem incidérent auctores, institutionum, perspexisse eamdemque ob caussam hoc modo illorum praeceptum cum aliis conciliare studuisse, vt adiiceret, *domesticum testimonium non ex cognatione: sed condemnatione per potestatem patriam creatur.* Non sine quidem iure hac de re notatus est graecus ille interpres a M. AVREL. GALVANO, *de vsufructu, cap.* VIII. §. 18. aeque ac LVD. CHARONDA, *libr.* II. *verisimil. cap.* 12. *tom.* I. *thesaur. iuris Romani* EV. OTTONIS p. 755. quum patersamilias patriae potestati subiectus esse nequit; filius autem familias, vbi de peculio castrensi testatur, pro patresamilias est habendus, secundum *L.* 2. *D. ad SC. Maced.* ideoque intuitu huius negotio patria potestas, cui alioquin est subiectus, prorsus cessat; nec vllo modo ad illam respici potest; nihilo tamen minus id tacite nobis significat, plane aliud in iure ciuili obtinere praeceptum de testimonio patris in testamento, quod filius de peculio condit castrensi. Licet quoque neque MARCELLVS; neque VLPIANVS rationem reddant, cur illud sine vllo discrimine validum

tionem in lucem denuo edidit CHRIST. GOTTL. REINHARDVS, Ienae, cIↃIↃCCXLV.

§. IX.

Coecus in testamento testis esse nequit.

1) Necesse est, vt testes, qui in testamento condendo praesentes esse debeant, testatorem videant, vt docent hoc haud obscure DIOCLETIANVS et MAXIMINIANVS, *L. 9. C. de testament.* vbi, nullo iure testamentum valere, tradunt, si testes in conspectu testatorum haud officio sunt functi. Rationem, 2) cur testamentifactioni tanta fides sit tribuenda, in eo ponit, quod tot oculis testium spectetur, *L. 8 C. qui testament. facere possint;* sed in coeco teste cogitari id nequit. 3) Si testium testamentariorum officium est, chirographo adnotare, quis et cuius testamentum signauerit, coecus illud in se suscipere haud potest; verum enim vero prius liquet ex *L. pen. D. qui testamenta facere poss.* 4) Qui est testis, sigillum testamento adpositum recognoscere debet ex sententia *L. 4. D. testam. quemad. aperiantur;* neque vero illud tribui potest testi testamentario coeco. Tandem 5) certum est, eum in finem testes adhiberi, vt constet, nullam admissam esse in isto quamdam fraudem; hoc autem coecus etiam adferere haud potest. Sunt, qui inter testamentum nuncupatiuum et scriptum distinguunt et in illo testem coecum admittunt, quoniam *§ 6. I. de testamentis* de scripto testamento sermo sit ac *§. vlt.* nuncupatiui demum mentio facta; neque minus quoque coecus auditu percipere memoriaque tenere possit, quae eius in praesentia fierent, atque ita sentiunt DIETER. GVIL. MATTHIAE, *diss. de testimonio coeci et surdi in testamento*, Erford. cIↃIↃCLXXXXIII. et AVG. FRID. SCHOTTVS, diss. *de coeco idoneo in testamenti*

factio-

fallione teſte, Lipſiae CIↃIↃCCLXXIII. ſed Io. HARPRECHT, ad §. 6. *I. de teſtam.* SAM. STRYCKIVS, *de iure ſenſ. diff.* III. *num.* 36. et PETR. MVELERVS, *ad Strum. ex.* XXXII. *theſ.* 12. *tom.* II. p. 652. nobiscum faciunt, hisque etiam acceſſit V. C. Io. CHRIST. KOCH, *progr. de conſpectu teſtatoris L.* 9. *C. de teſtamentis*, Gieſſae CIↃIↃCCLXXV.

§. X.

Surdus testis in testamento potest esse, vbi est scriptum; minime autem, vbi est nuncupatiuum.

Si teſtamentum eſt nuncupatiuum, neceſſe eſt, vt ipſe teſtis voluntatem teſtatoris auribus percipiat, eamdemque ob cauſſam ſurdus teſtis officio fungi nequit; minime autem id ſtatuendum eſt, vbi ſurdus teſtem peragere velit in teſtamento ſcripto. Quum 1) in iſto ipſa voluntas contineatur teſtatoris hancque ob cauſſam ſolum requiratur, vt teſtator teſtibus praeſentibus teſtamentum, hoc a ſe ipſo eſſe conditum, declaret, atque hoc tam verbis; quam factis fieri poteſt; neque facultas, auribus quid percipiendi, in teſte eſt neceſſaria. Si certum 2) eſt, vti eſt, haud intereſſe, vtrum quis nihil audiat; an id, quod audit, non intelligat, ipſe VLPIANVS, hoc in caſu ſurdos teſtium in cenſum admittit, vbi eiusmodi in teſte intelligentiam ſermonis non exigi, *L.* 20. §. 9. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* clare ſcribit. Qui cum ANT. MATTHAEI, *tractat. de ſucceſſionibus, exerc.* XXXII. *theſ.* 12. ac WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIO, *colleg. theor. practic. libr.* XXVIII. *tit.* I. *tom.* II. p. 807. ſurdos inter teſtes inhabiles, ſine omni diſtinctione, numerant, ad §. 6. *I. qui teſtam. facere poſſ.* ac *L.* 9. *C. de teſtamentis* prouocant.

§. XI.

SAM. STRYCKIVS, *de iure domesticorum, cap.* 6. §. 4. IO. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 20. *D. de testam.* BENED. CARP.

si filiusfamilias de castrensi pecvlio post missionem faciat testamentum, nec pater eius vlla re adhibetur testis; nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium. §. 9. *I. de testam. ord.* Haud statuere possumus, mendo forsan locum hunc laborare. Rara profecto sunt institutionum loca, quorum lectio est dubia et vel minimum eorum in censum istud effatum nullo modo referre possumus, quum ipse THEOPHILVS nobis id ita exhibet. Haud difficile quoque est, diuinare, quare hoc TRIBONIANO in mentem venerit, quum profecto non sine caussa ea de filiosamilias loquitur, qui de peculio castrensi post missionem testatus est; quumque ei quidem de peculio castrensi; non tamen iure militari testari licet, in eiusmodi actu quoque patrem tanquam testem admittere haud voluit. Omnia haec libens concedo; quoniam autem reuera per id quidquam tradit, quod iuri non est conforme; neque id ea ratione, vt pateat, nouam quamdam Iustinianum his verbis concedere legem, eius haud rationem habemus et solum rem ex supra adlegata lege digestorum diiudicamus. Memoratu dignum est, ipsum THEOPHILVM certo modo errorem, in quem inciderent auctores, institutionum, perspexisse eamdemque ob caussam hoc modo illorum praeceptum cum aliis conciliare studuisse, vt adiiceret, *domesticum testimonium non ex cognatione: sed coadunatione per potestatem patriam creatur.* Non sine quidem iure hac de re notatus est graecus ille interpres a M. AVREL. GALVANO, *de vsufructu, cap.* VIII. §. 18. aeque ac LVD. CHARONDA, *libr.* II. *verisimil. cap.* 12. *tom.* I. *thesaur. iuris Romani* EV. OTTONIS p. 755. quum paterfamilias patriae potestati subiectus esse nequit; filius autem familias, vbi de peculio castrensi testatur, pro patrefamilias est habendus, secundum *L.* 2. *D. ad SC. Maced.* ideoque intuitu huius negotio patria potestas, cui alioquin est subiectus, prorsus cessat; nec vllo modo ad illam respici potest; nihilo tamen minus id tacite nobis significat, plane aliud in iure ciuili obtinere praeceptum de testimonio patris in testamento, quod filius de peculio condit castrensi. Licet quoque neque MARCELLVS; neque VLPIANVS rationem reddant, cur illud sine vllo discrimine validum

CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* 3. *def.* 7. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *thes.* 13. *tom.* I. p. 653. sed nobiscum conspirat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* I. §. 66. ac LVD. MENCKE, in *gymnasio iuris polem. disp.* XI. §. 17. p. 177.

§. XII.

Frater heredis, qui in patris potestate haud est, testis testamentarii officio fungi potest.

Excludit solum IVSTINIANVS, §. 10. *I. de testamentis* a testibus, eos solum fratres, quij cum herede eidem potestati paternae sunt subiecti; vbi itaque frater iam ea potestate est liberatus, sine dubio testis testamentarius esse

dum esse statuant: illa tamen non; nisi in eo, quod patriae potestati ratio haud habenda sit, vbi de peculio castrensi filius testatur, poni debet eamque ob caussam nec quaestionem tango, quam in medium protulit FRANC. HOTTOMANNVS, quum vel minimum verba, *post missionem* frustra a TRIBONIANO adiecta esse putat. *libr.* I. *observat. cap.* 85. Reprehendit eumdem hoc nomine Ev. OTTO *not. criticis in institut. cap.* 10. §. 9. p. 247. et quidem propter legem illam digestorum; verum enim vero VLPIVS MARCELLVS aeque ac VLPIANVS etiam patrem sine dubio tanquam testem testamentarium in testamento filii familias admittunt, si quoque post missionem illud est conditum, quum iis temporibus, in quae vtriusque huius iurisconsulti aetas incideret, etiam dimissis a militia; siue veteranis de peculio castrensi testari liceret, secundum pr. *I. quibus non est permiss. facere testam.* Eamdem ob caussam nec suffragari possum GEORG. AD. STRVVIO, vbi *exhibet. ex.* XXXII. *thes.* 13. ita duo haec loca conciliare studet, vt intelligat §. 9. *I. de ordinand. test.* de filiofamilias, qui testatur de castrensi peculio post missionem iure communi ac *L.* 20. §. 2. *D. qui test. facere poss.* de eo, qui de eodem iure militari ante missionem testatur et potius sententiae inhaereo, quam iam adoptaui *not. ad institutiones, commentario Hoppiano* subiectis, p. 397. Ceterum VINNIVS *comm.* ad §. 10. *I. de testam. ordinand.* haec de re multa profert, quae lectu sunt digna.

esse potest, quoniam omnes ii officio hoc fungi possunt, quibus non id claris verbis est relictum. Aliud quibusdam potissimum placet, quod frater in caussa fratris haud sit testis omni exceptione maior ac singulari erga fratrem adfectus sit amore. Inter eos numeramus Bened. Carpzovivm, *part.* III. *const.* III. *def.* 7. Io. Brvnnemannvm, ad *L.* 20. *D. qui testament. fac poss.* Georg. Ad. Struvivm, *ex.* XXXII. *§.* 13. ac Sam. Stryckivm, *de cautel. testamentor. cap.* XV. *§.* 28. sed fratres admittunt Sam. Cocceii, *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* I, *quaest.* 13. Io. Balth. Wernher, *part.* IV. *obs.* 230. Avg. Leyser, *spec.* CCCLV. *corr.* 1. Henr. Frid. Otto, diss. *quod frater in testamento fratris testis esse queat*, Lipsiae, CIↃIↃCCXXIV. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band.* IV. *med.* CXCIII. p. 15.

§. XIII.

Legatarius ad probandam confectionem testamenti idoneus testis esse nequit; eorum tamen testium in censum venire potest, qui sollemnitatis caussa, quum testamentum conderetur, testandi actui interfunt, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit scriptum.

Quod ad prius spectat huius propositionis membrum, recte animaduertunt iurisconsulti atque in his etiam Avg. Leyservs, *med. ad pand. spec.* 378. *med.* 1. probe distinguendum esse, vtrum testis solummodo sollemnitatis caussa ad conficiendum testamentum adhibeatur; an producatur ad probandum testamentum, quod iam est confectum. Quum testes posteriori casu veritatis caussa nominantur, eamque ob rem omnia requisita habere debent, quae de testibus requirunt leges; neque vn-

quam

CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 3. *def.* 7. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *theſ.* 13. *tom.* 1. p. 653. ſed nobiscum conſpirat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* 1. §. 66. ac LVD. MENCKE, in *gymnaſio iuris polem. diſp.* XI. *ſ.* 17. p. 177.

§. XII.

Frater heredis, qui in patris potestate haud est, testis testamentarii officio fungi potest.

Excludit ſolum IVSTINIANVS, §. 10. *I. de teſtamentis* a teſtibus, eos ſolum fratres, quiſ cum herede eidem poteſtati paternae ſunt ſubiecti; vbi itaque frater iam ea poteſtate eſt liberatus, ſine dubio teſtis teſtamentarius eſſe

dum eſſe ſtatuant: illa tamen non; niſi in eo, quod patriae poteſtati ratio haud habenda ſit, vbi de peculio caſtrenſi filius teſtatur, poni debet eamque ob cauſſam nec quaeſtionem tango, quam in medium protulit FRANC. HOTTOMANNVS, quum vel minimum verba, *poſt miſſionem* fruſtra a TRIBONIANO adiecta eſſe putat. *libr.* 2. *obſervat. cap.* 85. Reprehendit eumdem hoc nomine EV. OTTO *not. criticis in inſtitut. cap.* 10. §. 9. p. 247. et quidem propter legem illam digeſtorum; verum enim vero VLPIVS MARCELLVS aeque ac VLPIANVS etiam patrem ſine dubio tanquam teſtem teſtamentarium in teſtamento filii familias admittunt, ſi quoque poſt miſſionem illud eſt conditum, quum iis temporibus, in quae vtriusque huius iurisconſulti aetas incideret, etiam dimiſſis a militia; ſiue vetetanis de peculio caſtrenſi teſtari liceret, ſecundum *pr. I. quibus non eſt permiſſ. facere teſtam.* Eamdem ob cauſſam nec ſuffragari poſſum GEORG. AD. STRVVIO, vbi *exalex. ex.* XXXII. *theſ.* 13. ita duo haec loca conciliare ſtudet, vt intelligat §. 9. *I. de ordinand. teſt.* de filiofamilias, qui teſtatur de caſtrenſi peculio poſt miſſionem iure communi ac *L.* 29. §. 3. *D. qui teſt. facere poſſ.* de eo, qui de eodem iure militari ante miſſionem teſtatur et potius ſententiae inhaereo, quam iam adoptaui *not. ad inſtitutiones, commentario Hoppiano* ſubiectis, p. 397. Ceterum VINNIVS *comm. ad* §. 10. *I. de teſtam. ordinand.* haec de re inulta profert, quae lectu ſunt digna.

esse potest, quoniam omnes ii officio hoc fungi possunt, quibus non id claris verbis est relictum. Aliud quibusdam potissimum placet, quod frater in caussa fratris haud sit testiis omni exceptione maior ac singulari erga fratrem adfectus sit amore. Inter eos numeramus Bened. Carpzovivm, *part.* III. *const.* III. *def.* 7. Io. Brvnnemannvm, ad *L.* 20. *D. qui testament. fac poss.* Georg. Ad. Strvvivm, *ex.* XXXII. §. 13. ac Sam. Stryckivm, *de cautel. testamentor. cap.* XV. *f.* 28. sed fratres admittunt Sam. Cocceii, *iur. controu libr.* XXVIII. *tit.* I, *quaest.* 13. Io. Balth. Wernher, *part.* IV. *obs.* 230. Avg. Leyser, *spec.* CCCLV. *corr.* I. Henr. Frid. Otto, diss. *quod frater in testamento fratris testis esse queat*, Lipsiae, clɔlɔccxxiv. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band.* IV. *med.* CXCIII. p. 15.

§. XIII.

Legatarius ad probandam confectionem testamenti idoneus testis esse nequit; eorum tamen testium in censum venire potest, qui sollemnitatis caussa, quum testamentum conderetur, testandi actui interfunt, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit scriptum,

Quod ad prius spectat huius propositionis membrum, recte animaduertunt iurisconsulti atque in his etiam Avg. Leyservs, *med. ad pand. spec.* 378. *med.* 1. probe distinguendum esse, vtrum testis solummodo sollemnitatis caussa ad conficiendum testamentum adhibeatur; an producatur ad probandum testamentum, quod iam est confectum. Quum testes posteriori casu veritatis caussa nominantur, eamque ob rem omnia requisita habere debent, quae de testibus requirunt leges; neque vn-

quam

CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 3. *def.* 7. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *theſ.* 13. *tom.* 1. p. 653. ſed nobiscum conſpirat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* 1. §. 66. ac LVD. MENCKE, in *gymnaſio iuris polem. diſp.* XI. §. 17. p. 177.

§. XII.

Frater heredis, qui in patris potestate haud est, testis testamentarii officio fungi potest.

Excludit ſolum IVSTINIANVS, §. 10. *I. de teſtamentis* a teſtibus, eos ſolum fratres, quiſ cum herede eidem poteſtati paternae ſunt ſubiecti; vbi itaque frater iam ea poteſtate eſt liberatus, ſine dubio teſtis teſtamentarius eſſe

dum eſſe ſtatuant: illa tamen non; nili in eo, quod patriae poteſtati ratio haud habenda ſit, vbi de peculio caſtrenſi filius teſtatur, poni debet eamque ob cauſſam nec quaeſtionem tango, quam in medium protulit FRANC. HOTTOMANNVS, quum vel minimum verba, *poſt miſſionem* fruſtra a TRIBONIANO adiecta eſſe putat. *libr.* 2. *obſervat. cap.* 85. Reprehendit eumdem hoc nomine EV. OTTO *not. criticis in inſtitut. cap.* 10. §. 9. p. 247. et quidem propter legem illam digeſtorum; verum enim vero VLPIVS MARCELLVS aeque ac VLPIANVS etiam patrem ſine dubio tanquam teſtem teſtamentarium in teſtamento filii familias admiſerunt, ſi quoque poſt miſſionem illud eſt conditum, quum iis temporibus, in quae vtriusque huius iurisconſulti aetas incideret, etiam dimiſſis a militia; ſiue veteranis de peculio caſtrenſi teſtari liceret, ſecundum *pr. I. quibus non eſt permiſſ. facere teſtam.* Eamdem ob cauſſam nec ſuffragari poſſum GEORG. AD. STRVVIO, vbi *exalat. ex.* XXXII. *theſ.* 13. ita duo haec loca conciliare ſtudet, vt intelligat §. 9. *I. de ordinand. teſt.* de filiofamilias, qui teſtatur de caſtrenſi peculio poſt miſſionem iure communi ac *L.* 20. §. 2. *D. qui teſt. facere poſſ.* de eo, qui de eodem iure militari ante miſſionem teſtatur et potius ſententiae inhaereo, quam iam adoptaui *not. ad inſtitutiones, commentario Hoppiano* ſubiectis, p. 397. Ceterum VINNIVS *comm. ad* §. 10. *I. de teſtam. ordinand.* haec de re inulta profert, quae legi ſunt digna.

esse potest, quoniam omnes ii officio hoc fungi possunt, quibus non id claris verbis est relictum. Aliud quibusdam potissimum placet, quod frater in caussa fratris haud sit reliis omni exceptione maior ac singulari erga fratrem adfectus sit amore. Inter eos numeramus Bened. Carpzovivm, *part.* III. *const.* III. *def.* 7. Io. Brvnnemannvm, ad *L.* 20. *D. qui testament. fac poss.* Georg. Ad. Struvivm, *ex.* XXXII. §. 13. ac Sam. Stryckivm, *de cautel. testamentor. cap.* XV. *f.* 28. sed fratres admittunt Sam. Cocceii, *iur. controu libr.* XXVIII. *tit.* I, *quaest.* 13. Io. Balth. Wernher, *part.* IV. *obs.* 230. Avg. Leyser, *spec.* CCCLV. *corr.* 1. Henr. Frid. Otto, diss. *quod frater in testamento fratris testis esse queat*, Lipsiae, CIↃIↃCCXXIV. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band.* IV. *med.* CXCIII. p. 15,

§. XIII.

Legatarius ad probandam confectionem testamenti idoneus testis esse nequit; eorum tamen testium in censum venire potest, qui sollemnitatis caussa, quum testamentum conderetur, testandi actui interfunt, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit scriptum.

Quod ad prius spectat huius propositionis membrum, recte animaduertunt iurisconsulti atque in his etiam Avg. Leyserus, *med. ad pand. spec.* 378. *med.* 1. probe distinguendum esse, vtrum testis solummodo sollemnitatis caussa ad conficiendum testamentum adhibeatur; an producatur ad probandum testamentum, quod iam est confectum. Quum testes posteriori casu veritatis caussa nominantur, eamque ob rem omnia requisita habere debent, quae de testibus requirunt leges; neque vn-

quam

tionem in lucem denuo edidit CHRIST. GOTTL. REINHARDVS, Ienae, cIↃIↃCCXLV.

§. IX.

Coecus in testamento testis esse nequit.

1) Necesse est, vt testes, qui in testamento condendo praesentes esse debeant, testatorem videant, vt docent hoc haud obscure DIOCLETIANVS et MAXIMINIANVS, *L. 9. C. de testament.* vbi, nullo iure testamentum valere, tradunt, si testes in conspectu testatorum haud officio sunt functi. Rationem, 2) cur testamentifactioni tanta fides sit tribuenda, in eo ponit, quod tot oculis testium spectetur, *L. 8 C. qui testament. facere poss. sint;* sed in coeco teste cogitari id nequit. 3) Si testium testamentariorum officium est, chirographo adnotare, quis et cuius testamentum signauerit, coecus illud in se suscipere haud potest; verum enim vero prius liquet ex *L. pen. D. qui testamenta facere poss.* 4) Qui est testis, sigillum testamento adpositum recognoscere debet ex sententia *L. 4. D. testam. quemad. aperiantur;* neque vero illud tribui potest testi testamentario coeco. Tandem 5) certum est, eum in finem testes adhiberi, vt constet, nullam admissam esse in isto quamdam fraudem; hoc autem coecus etiam adserere haud potest. Sunt, qui inter testamentum nuncupatiuum et scriptum distinguunt et in illo testem coecum admittunt, quoniam *§ 6. I. de testamentis.* de scripto testamento sermo sit ac *§. vlt.* nuncupatiui demum mentio facta; neque minus quoque coecus auditu percipere memoriaque tenere possit, quae eius in praesentia fierent, atque ita sentiunt DIETER. GVIL. MATTHIAE, *diss. de testimonio coeci et surdi in testamento.* Erford. cIↃIↃCLXXXXIII. et AVG. FRID. SCHOTTVS, diss. *de coeco idoneo in testamenti factio-*

factione teſte, Lipſiae cIↃIↃCCLXXIII. ſed Io. HARPRECHT, ad §. 6. *I. de teſtam.* SAM. STRYCKIVS, *de iure ſenſ. diff.* III. *num.* 36. et PETR. MVELLERVS, *ad Strum. ex.* XXXII. *theſ.* 12. *tom.* II. p. 652. nobiscum faciunt, hisque etiam acceſſit V. C. Io. CHRIST. KOCH, *progr. de conſpectu teſtatoris L.* 9. *C. de teſtamentis*, Gieſſae cIↃIↃCCLXXV.

§. X.

Surdus testis in testamento potest esse, vbi est scriptum; minime autem, vbi est nuncupatiuum.

Si teſtamentum eſt nuncupatiuum, neceſſe eſt, vt ipſe teſtis voluntatem teſtatoris auribus percipiat, eamdemque ob cauſſam ſurdus teſtis officio fungi nequit; minime autem id ſtatuendum eſt, vbi ſurdus teſtem peragere velit in teſtamento ſcripto. Quum 1) in iſto ipſa voluntas contineatur teſtatoris hancque ob cauſſam ſolum requiratur, vt teſtator teſtibus praeſentibus teſtamentum, hoc a ſe ipſo eſſe conditum, declaret, atque hoc tam verbis; quam factis fieri poteſt; neque facultas, auribus quid percipiendi, in teſte eſt neceſſaria. Si certum 2) eſt, vti eſt, haud intereſſe, vtrum quis nihil audiat; an id, quod audit, non intelligat, ipſe VLPIANVS, hoc in caſu ſurdos teſtium in cenſum admittit, vbi eiusmodi in teſte intelligentiam ſermonis non exigi, *L.* 20. §. 9. *D. qui teſtam. fac. poſſ.* clare ſcribit. Qui cum ANT. MATTHAEI, *tractat. de ſucceſſionibus, exerc.* XXXII. *theſ.* 12. ac WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIO, *colleg. theor. practic. libr.* XXVIII. *tit.* I. *tom.* II. p. 807. ſurdos inter teſtes inhabiles, ſine omni diſtinctione, numerant, ad §. 6. *I. qui teſtam. facere poſſ.* ac *L.* 9. *C. de teſtamentis* prouocant.

§. XI.

SAM. STRYCKIVS, *de iure domeſticorum, cap.* 6. §. 4°
Io. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 20. *D. de teſtam.* BENED. CARP.

ſi filiusfamilias de caſtrenſi pecvlio poſt miſſionem faciat teſtamentum, nec pater eius recte adhibetur teſtis; nec is, qui in poteſtate eiusdem patris eſt. Reprobatum eſt enim in ea re domeſticum teſtimonium. §. 9. *I. de teſtam. ord.* Haud ſtatuere poſſumus, mendo forſan locum hunc laborare. Rara profecto ſunt inſtitutionum loca, quorum lectio eſt dubia et vel minimum eorum in cenſum iſtud effatum nullo modo referre poſſumus, quum ipſe THEOPHILVS nobis id ita exhibet. Haud difficile quoque eſt, diuinare, quare hoc TRIBONIANO in mentem venerit, quum profecto non ſine cauſſa eo de filiofamilias loquitur, qui de peculio caſtrenſi poſt miſſionem teſtatus eſt; quumque ei quidem de peculio caſtrenſi; non tamen iure militari teſtari licet, in eiusmodi actu quoque patrem tanquam teſtem admittere haud voluit. Omnia haec libens concedo; quoniam autem reuera per id quidquam tradit, quod iuri non eſt conforme; neque id ea ſit ratione, vt pateat, nouam quamdam Iuſtinianum his verbis concedere legem, eius haud rationem habemus et ſolum rem ex ſupra adlegata lege digeſtorum diiudicamus. Memoratu dignum eſt, ipſum THEOPHILVM certo modo errorem, in quem inciderent auctores, inſtitutionum, perſpexiſſe eamdemque ob cauſſam hoc modo illorum praeceptum cum aliis conciliare ſtuduiſſe, vt adiiceret, *domeſticum teſtimonium non ex cognatione: ſed condemnatione per poteſtatem patriam creatur.* Non ſine quidem mihi hac de re notatus eſt graecus ille interpres a M. AVREL. GALVANO, *de vſufructu, cap.* VIII. §. 18. aeque ac LVD. CHARONDA, *libr.* II. *veriſimil. cap.* 12. *tom.* I. *theſaur. iuris Romani* EV. OTTONIS p. 755. quum paterfamilias patriae poteſtati ſubiectus eſſe nequit; filius autem familias, vbi de peculio caſtrenſi teſtatur, pro patrefamilias eſt habendus, ſecundum *L.* 2. *D. ad SC. Maced.* ideoque intuitu huius negotio patria poteſtas, cui alioquin eſt ſubiectus, prorſus ceſſat; nec vllo modo ad illam reſpici poteſt; nihilo tamen minus id tacite nobis ſignificat, plane aliud in iure ciuili obtinere praeceptum de teſtimonio patris in teſtamento, quod filius de peculio condit caſtrenſi. Licet quoque neque MARCELLVS; neque VLPIANVS rationem reddant, cur illud ſine vllo discrimine validum

CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 3. *def.* 7. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *theſ.* 13. *tom.* 1. p. 653. ſed nobiscum conſpirat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* 1. §. 66. ac LVD. MENCKE, in *gymnaſio iuris polem. diſp.* XI. §. 17. p. 177.

§. XII.

Frater heredis, qui in patris potestate haud est, testis testamentarii officio fungi potest.

Excludit ſolum IVSTINIANVS, §. 10. *I. de teſtamentis* a teſtibus, eos ſolum fratres, quiſ cum herede eidem poteſtati paternae ſunt ſubiecti; vbi itaque frater iam ea poteſtate eſt liberatus, ſine dubio teſtis teſtamentarius eſſe

dum eſſe ſtatuant: illa tamen non; nihil in eo, quod patriae poteſtati ratio haud habenda ſit, vbi de peculio caſtrenſi filius teſtatur, poni debet eamque ob cauſſam nec quaeſtionem tango, quam in medium protulit FRANC. HOTTOMANNVS, quum vel minimum verba, *poſt miſſionem* fruſtra a TRIBONIANO adiecta eſſe putat. *libr.* 1. *obſervat. cap.* 85. Reprehendit eumdem hoc nomine EV. OTTO *not. criticis in inſtitut. cap.* 10. §. 9. p. 247. et quidem propter legem illam digeſtorum; verum enim vero VLPIVS MARCELLVS aeque ac VLPIANVS etiam patrem ſine dubio tanquam teſtem teſtamentarium in teſtamento filii familias admittunt, ſi quoque poſt miſſionem illud eſt conditum, quum iis temporibus, in quae vtriusque huius iurisconſulti aetas incideret, etiam dimiſſis a militia; ſiue veteranis de peculio caſtrenſi teſtari licēret, ſecundum *pr. I. quibus non eſt permiſſ. facere teſtam.* Eamdem ob cauſſam nec ſuffragari poſſum GEORG. AD. STRVVIO, vbi *exolet. ex.* XXXII. *theſ.* 13. ita duo haec loca conciliare ſtudet, vt intelligat §. 9. *I. de ordinand. teſt.* de filiofamilias, qui teſtatur de caſtrenſi peculio poſt miſſionem iure communi ac *L.* 20. §. 2. *D. qui teſt. facere poſſ.* de eo, qui de eodem iure militari ante miſſionem teſtatur et potius ſententiae inhaereo, quam iam adoptaui *not. ad inſtitutiones, commentario Hoppiano* ſubiectis, p. 397. Ceterum VINNIVS *comm.* ad §. 10. *I. de teſtam. ordinand.* hac de re multa profert, quae lectu ſunt digna.

esse potest, quoniam omnes ii officio hoc fungi possunt, quibus non id claris verbis est relictum. Aliud quibusdam potissimum placet, quod frater in caussa fratris haud sit testis omni exceptione maior ac singulari erga fratrem adfectus sit amore. Inter eos numeramus BENED. CARPZOVIVM, *part.* III. *const.* III. *def.* 7. Io. BRVNNEMANNVM, ad *L.* 20. *D. qui testament. fac poss.* GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XXXII. §. 13. ac SAM. STRYCKIVM, *de cautel. testamentor. cap.* XV. *f.* 28. sed fratres admittunt SAM. COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* I, *quaest.* 13. Io. BALTH. WERNHER, *part.* IV. *obs.* 230. AVG. LEYSER, *spec.* CCCLV. *corr.* 1. HENR. FRID. OTTO, diss. *quod frater in testamento fratris testis esse queat*, Lipsiae, CIↃIↃCCXXIV. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band.* IV. *med.* CXCIII. p. 15.

§. XIII.

Legatarius ad probandam confectionem testamenti idoneus testis esse nequit; eorum tamen testium in censum venire potest, qui sollemnitatis caussa, quum testamentum conderetur, testandi actui interfunt, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit scriptum.

Quod ad prius spectat huius propositionis membrum, recte animaduertunt iurisconsulti atque in his etiam AVG. LEYSERVS, *med. ad pand. spec.* 378. *med.* 1. probe distinguendum esse, vtrum testis solummodo sollemnitatis caussa ad conficiendum testamentum adhibeatur; an producatur ad probandum testamentum, quod iam est confectum. Quum testes posteriori casu veritatis caussa nominantur, eamque ob rem omnia requisita habere debent, quae de testibus requirunt leges; neque vn-

quam

CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 3. *def.* 7. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *theſ.* 13. *tom.* I. p. 653. ſed nobiſcum conſpirat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* I. §. 66. ac LVD. MENCKE, in *gymnaſio iuris polem. diſp.* XI. §. 17. p. 177.

§. XII.

Frater heredis, qui in patris potestate haud est, testis testamentarii officio fungi potest.

Excludit ſolum IVSTINIANVS, §. 10. *I. de teſtamentis* a teſtibus, eos ſolum fratres, quiſ cum herede eidem poteſtati paternae ſunt ſubiecti; vbi itaque frater iam ea poteſtate eſt liberatus, ſine dubio teſtis teſtamentarius eſſe

dum eſſe ſtatuant: illa tamen non; niſi in eo, quod patriae poteſtati ratio haud habenda ſit, vbi de peculio caſtrenſi filius teſtatur, poni debet eamque ob cauſſam nec quaeſtionem tango, quam in medium protulit FRANC. HOTTOMANNVS, quum vel minimum verba, *poſt miſſionem* fruſtra a TRIBONIANO adiecta eſſe putat. *libr.* I. *obſervat. cap.* 85. Reprehendit eumdem hoc nomine EV. OTTO *not. criticis in inſtitut. cap.* 10. §. 9. p. 247. et quidem propter legem illam digeſtorum; verum enim vero VLPIVS MARCELLVS aeque ac VLPIANVS etiam patrem ſine dubio tanquam teſtem teſtamentarium in teſtamento filii familias admittunt, ſi quoque poſt miſſionem illud eſt conditum, quum iis temporibus, in quae vtriusque huius iurisconſulti aetas incideret, etiam dimiſſis a militia; ſiue veteranis de peculio caſtrenſi teſtari liceret, ſecundum *pr. I. quibus non eſt permiſſ. facere teſtam.* Eamdem ob cauſſam nec ſuffragari poſſum GEORG. AD. STRVVIO, vbi *euolut. ex.* XXXII. *theſ.* 13. ita duo haec loca conciliare ſtudet, vt intelligat §. 9. *I. de ordinand. teſt.* de filiofamilias, qui teſtatur de caſtrenſi peculio poſt miſſionem iure communi ac *L.* 20. §. 2. *D. qui teſt. facere poſſ.* de eo, qui de eodem iure militari ante miſſionem teſtatur et potius ſententiae inhaereo, quam iam adoptaui *not. ad inſtitutiones, commentario Hoppiano* ſubiectis, p. 397. Ceterum VINNIVS *comm. ad* §. 10. *I. de teſtam. ordinand.* haec de re multa profert, quae lectu ſunt digna.

esse potest, quoniam omnes ii officio hoc fungi possunt, quibus non id claris verbis est relictum. Aliud quibusdam potissimum placet, quod frater in caussa fratris haud sit testis omni exceptione maior ac singulari erga fratrem adfectus sit amore. Inter eos numeramus BENED. CARPZOVIVM, *part.* III. *const.* III. *def.* 7. Io. BRVNNEMANNVM, ad *L.* 20. *D. qui testament. fac poss.* GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XXXII. *§.* 13. ac SAM. STRYCKIVM, *de cautel. testamentor. cap.* XV. *§.* 28. sed fratres admittunt SAM. COCCEII, *iur. controu libr.* XXVIII. *tit.* I, *quaest.* 13. Io. BALTH. WERNHER, *part.* IV. *obs.* 230. AVG. LEYSER, *spec.* CCCLV. *corr.* 1. HENR. FRID. OTTO, diss. *quod frater in testamento fratris testis esse queat*, Lipsiae, CIↃIↃCCXXIV. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band.* IV. *med.* CXCIII. p. 15.

§. XIII.

Legatarius ad probandam confectionem testamenti idoneus testis esse nequit; eorum tamen testium in censum venire potest, qui sollemnitatis caussa, quum testamentum conderetur, testandi actui interfunt, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit scriptum.

Quod ad prius spectat huius propositionis membrum, recte animaduertunt iurisconsulti atque in his etiam AVG. LEYSERVS, *med. ad pand. spec.* 378. *med.* 1. probe distinguendum esse, vtrum testis solummodo sollemnitatis caussa ad conficiendum testamentum adhibeatur; an producatur ad probandum testamentum, quod iam est confectum. Quum testes posteriori casu veritatis caussa nominantur, eamque ob rem omnia requisita habere debent, quae de testibus requirunt leges; neque vn-

quam

CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 3. *def.* 7. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *theſ.* 13. *tom.* I. p. 653. ſed nobiscum conſpirat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* I. §. 66. ac LVD. MENCKE, in *gymnaſio iuris polem. diſp.* XI. §. 17. p. 177.

§. XII.

Frater heredis, qui in patris potestate haud est, testis testamentarii officio fungi potest.

Excludit ſolum IVSTINIANVS, §. 10. *I. de teſtamentis* a teſtibus, eos ſolum fratres, quiſ cum heredo eidem poteſtati paternae ſunt ſubiecti; vbi itaque frater iam ea poteſtate eſt liberatus, ſine dubio teſtis teſtamentarius eſſe

dum eſſe ſtatuant: illa tamen non; niſi in eo, quod patriae poteſtati ratio haud habenda ſit, vbi de peculio caſtrenſi filius teſtatur, poni debet eamque ob cauſſam nec quaeſtionem tango, quam in medium protulit FRANC. HOTTOMANNVS, quum vel minimum verba, *poſt miſſionem* fruſtra a TRIBONIANO adiecta eſſe putat. *libr.* I. *obſervat. cap.* 85. Reprehendit eumdem hoc nomine Ev. OTTO *not. criticis in inſtitut. cap.* 10. §. 9. p. 247. et quidem propter legem illam digeſtorum; verum enim vero VLPIVS MARCELLVS aeque ac VLPIANVS etiam patrem ſine dubio tanquam teſtem teſtamentarium in teſtamento filii familias admiſerunt, ſi quoque poſt miſſionem illud eſt conditum, quum iis temporibus, in quae vtriusque huius iurisconſulti aetas incideret, etiam dimiſſis a militia; ſiue veteranis de peculio caſtrenſi teſtari liceret, ſecundum *pr. I. quibus non eſt permiſſ. facere teſtam.* Eamdem ob cauſſam nec ſuffragari poſſum GEORG. AD. STRVVIO, vbi *analect. ex.* XXXII. *theſ.* 13. ita duo haec loca conciliare ſtudet, vt intelligat §. 9. *I. de ordinand. teſt.* de filiofamilias, qui teſtatur de caſtrenſi peculio poſt miſſionem iure communi ac *L.* 20. §. 2. *D. qui teſt. facere poſſ.* de eo, qui de eodem iure militari ante miſſionem teſtatur et potius ſententiae inhaereo, quam iam adoptaui *not. ad inſtitutiones, commentario Hoppiano* ſubiectis, p. 397. Ceterum VINNIVS *comm. ad* §. 10. *I. de teſtam. ordinand.* haec de re inulta profert, quae lectu ſunt digna.

esse potest, quoniam omnes ii officio hoc fungi possunt, quibus non id claris verbis est relictum. Aliud quibusdam potissimum placet, quod frater in caussa fratris haud sit testis omni exceptione maior ac singulari erga fratrem adfectus sit amore. Inter eos numeramus Bened. Carpzovivm, *part.* III. *const.* III. *def.* 7. Io. Brvnnemannvm, ad *L.* 20. *D. qui testament. fac poss.* Georg. Ad. Struvivm, *ex.* XXXII. §. 13. ac Sam. Strvckivm, *de cautel. testamentor. cap.* XV. §. 28. sed fratres admittunt Sam. Cocceii, *iur. controu libr.* XXVIII. *tit.* I, *quaest.* 13. Io. Balth. Wernher, *part.* IV. *obs.* 230. Avg. Leyser, *spec.* CCCLV. *corr.* 1. Henr. Frid. Otto, diss. *quod frater in testamento fratris testis esse queat*, Lipsiae, CIↃIↃCCXXIV. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band.* IV. *med.* CXCIII. p. 15.

§. XIII.

Legatarius ad probandam confectionem testamenti idoneus testis esse nequit; eorum tamen testium in censum venire potest, qui sollemnitatis caussa, quum testamentum conderetur, testandi actui interfunt, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit scriptum,

Quod ad prius spectat huius propositionis membrum, recte animaduertunt iurisconsulti atque in his etiam Avg. Leyserus, *med. ad pand. spec.* 378. *med.* 1. probe distinguendum esse, vtrum testis solummodo sollemnitatis caussa ad conficiendum testamentum adhibeatur; an producatur ad probandum testamentum, quod iam est confectum. Quum testes posteriori casu veritatis caussa nominantur, eamque ob rem omnia requisita habere debent, quae de testibus requirunt leges; neque vn-

quam

CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 3. *def.* 7. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXXII. *theſ.* 13. *tom.* I. p. 653. ſed nobiscum conſpirat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* I. §. 66. ac LVD. MENCKE, in *gymnaſio iuris polem. diſp.* XI. §. 17. p. 177.

§. XII.

Frater heredis, qui in patris potestate haud est, testis testamentarii officio fungi potest.

Excludit ſolum IVSTINIANVS, §. 10. *I. de teſtamentis* a teſtibus, eos ſolum fratres, quiſ cum herede eidem poteſtati paternae ſunt ſubiecti; vbi itaque frater iam ea poteſtate eſt liberatus, ſine dubio teſtis teſtamentarius eſſe

dum eſſe ſtatuant: illa tamen non; niſi in eo, quod patriae poteſtati ratio haud habenda ſit, vbi de peculio caſtrenſi filius teſtatur, poni debet eamque ob cauſſam nec quaeſtionem tango, quam in medium protulit FRANC. HOTTOMANNVS, quum vel minimum verba, *poſt miſſionem* fruſtra a TRIBONIANO adiecta eſſe putat. *libr.* 2. *obſervat. cap.* 15. Reprehendit eumdem hoc nomine EV. OTTO *not. criticis in inſtitut. cap.* 10. §. 9. p. 247. et quidem propter legem illam digeſtorum; verum enim vero VLPIVS MARCELLVS aeque ac VLPIANVS etiam patrem ſine dubio tanquam teſtem teſtamentarium in teſtamento filii familias admittunt, ſi quoque poſt miſſionem illud eſt conditum, quum iis temporibus, in quae vtriusque huius iurisconſulti aetas incideret, etiam dimiſſis a militia; ſiue veteranis de peculio caſtrenſi teſtari liceret, ſecundum *pr. I. quibus non eſt permiſſ. facere teſtam.* Eamdem ob cauſſam nec ſuffragari poſſum GEORG. AD. STRVVIO, vbi *exalut. ex.* XXXII. *theſ.* 13. ita duo haec loca conciliare ſtudet, vt intelligat §. 9. *I. de ordinand. teſt.* de filiofamilias, qui teſtatur de caſtrenſi peculio poſt miſſionem iure communi ac *L.* 20. §. 2. *D. qui teſt. facere poſſ.* de eo, qui de eodem iure militari ante miſſionem teſtatur et potius ſententiae inhaereo, quam iam adoptaui *not. ad inſtitutiones, commentario Hoppiano* ſubiectis, p. 397. Ceterum VINNIVS *comm. ad* §. 10. *I. de teſtam. ordinand.* hac de re multa profert, quae lectu ſunt digna.

Digitized by Google

esse potest, quoniam omnes ii officio hoc fungi possunt, quibus non id claris verbis est relictum. Aliud quibusdam potissimum placet, quod frater in caussa fratris haud sit testiis omni exceptione maior ac singulari erga fratrem adfectus sit amore. Inter eos numeramus Bened. Carpzovivm, *part.* III. *const.* III. *def.* 7. Io. Brvnnemannvm, ad *L.* 20. *D. qui testament. fac poss.* Georg. Ad. Struvivm, *ex.* XXXII. §. 13. ac Sam. Strvckivm, *de cautel. testamentor. cap.* XV. *f.* 28. sed fratres admittunt Sam. Cocceii, *iur. controu libr.* XXVIII. *tit.* I, *quaest.* 13. Io. Balth. Wernher, *part.* IV. *obs.* 230. Avg. Leyser, *spec.* CCCLV. *corr.* 1. Henr. Frid. Otto, diss. *quod frater in testamento fratris testis esse queat*, Lipsiae, CIↃIↃCCXXIV. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band.* IV. *med.* CXCIII. p. 251.

§. XIII.

Legatarius ad probandam confectionem testamenti idoneus testis esse nequit; eorum tamen testium in censum venire potest, qui sollemnitatis caussa, quum testamentum conderetur, testandi actui interfunt, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit scriptum.

Quod ad prius spectat huius propositionis membrum, recte animaduertunt iurisconsulti atque in his etiam Avg. Leyserus, *med. ad pand. spec.* 378. *med.* 1. probe distinguendum esse, vtrum testis solummodo sollemnitatis caussa ad conficiendum testamentum adhibeatur; an producatur ad probandum testamentum, quod iam est confectum. Quum testes posteriori casu veritatis caussa nominantur, eamque ob rem omnia requisita habere debent, quae de testibus requirunt leges; neque vn-

quam

tionem in lucem denuo edidit CHRIST. GOTTL. REINHARDVS, Ienae, cIↃIↃCCXLV.

§. IX.

Coecus in testamento testis esse nequit.

1) Necesse est, vt testes, qui in testamento condendo praesentes esse debeant, testatorem videant, vt docent hoc haud obscure DIOCLETIANVS et MAXIMINIANVS, *L. 9. C. de testament.* vbi, nullo iure testamentum valere, tradunt, si testes in conspectu testatorum haud officio sunt functi. Rationem, 2) cur testamentifactioni tanta fides sit tribuenda, in eo ponit, quod tot oculis testium spectetur, *L. 8 C. qui testament. facere possint;* sed in coeco teste cogitari id nequit. 3) Si testium testamentariorum officium est, chirographo adnotare, quis et cuius testamentum signauerit, coecus illud in se suscipere haud potest; verum enim vero prius liquet ex *L. pen. D. qui testamenta facere poss.* 4) Qui est testis, sigillum testamento adpositum recognoscere debet ex sententia *L. 4. D. testam. quemad. aperiantur;* neque vero illud tribui potest testi testamentario coeco. Tandem 5) certum est, eum in finem testes adhiberi, vt constet, nullam admissam esse in isto quamdam fraudem; hoc autem coecus etiam adferere haud potest. Sunt, qui inter testamentum nuncupatiuum et scriptum distinguunt et in illo testem coecum admittunt, quoniam *§ 6. I. de testamentis.* de scripto testamento sermo sit ac *§. vlt.* nuncupatiui demum mentio facta; neque minus quoque coecus auditu percipere memoriaque tenere possit, quae eius in praesentia fierent, atque ita sentiunt DIETER. GVIL. MATTHIAE, *diss. de testimonio coeci et surdi in testamento*. Erford. cIↃIↃCLXXXXIII. et AVG. FRID. SCHOTTVS, diss. *de coeco idonea in testamenti factio-*

fallione teſte, Lipſiae cIↃIↃccLxxIII. ſed Io. HARPRECHT, ad §. 6. *I. de teſtam.* SAM. STRYCKIVS, *de iure ſenſ. diff.* III. *num.* 36. et PETR. MVELERVS, *ad Strum. ex.* XXXII. *theſ.* 12. *tom.* II. p. 652. nobiscum ſaciunt, hisque etiam acceſſit V. C. Io. CHRIST. KOCH, *progr. de conſpectu teſtatoris L.* 9. *C. de teſtamentis*, Gieſſae cIↃIↃccLxxv.

§. X.

Surdus testis in testamento potest esse, vbi est scriptum; minime autem, vbi est nuncupatiuum.

Si teſtamentum eſt nuncupatiuum, neceſſe eſt, vt ipſe teſtis voluntatem teſtatoris auribus percipiat, eamdemque ob cauſſam ſurdus teſtis officio fungi nequit; minime autem id ſtatuendum eſt, vbi ſurdus teſtem peragere velit in teſtamento ſcripto. Quum 1) in iſto ipſa voluntas contineatur teſtatoris hancque ob cauſſam ſolum requiratur, vt teſtator teſtibus praeſentibus teſtamentum, hoc a ſe ipſo eſſe conditum, declaret, atque hoc tam verbis; quam factis fieri poteſt; neque facultas, auribus quid percipiendi, in teſte eſt neceſſaria. Si certum 2) eſt, vti eſt, haud intereſſe, vtrum quis nihil audiat; an id, quod audit, non intelligat, ipſe VLPIANVS, hoc in caſu ſurdos teſtium in cenſum admittit, vbi eiusmodi in teſte intelligentiam ſermonis non exigi, L. 20. §. 9. D. *qui teſtam. fac. poſſ.* clare ſcribit. Qui cum ANT. MATTHAEI, *tractat. de ſucceſſionibus, exerc.* XXXII. *theſ.* 12. ac WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIO, *colleg. theor. practic. libr.* XXVIII. *tit.* 1. *tom.* II. p. 807. ſurdos inter teſtes inhabiles, ſine omni diſtinctione, numerant, ad §. 6. *I. qui teſtam. facere poſſ.* ac L. 9. *C. de teſtamentis* prouocant.

§. XI.

Sam. Stryckivs, *de iure domesticorum, cap.* 6. §. 4. Io. Brvnnemannvs, *ad L.* 20. *D. de testam.* Bened. Carp.

si filiusfamilias de castrensi pecvlio post missionem faciat testamentum, nec pater eius vllo modo admittatur testis; nec is, qui in potestate eiusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium. §. 9. *I. de testam. ord.* Haud statuere possumus, mendo forsan locum hunc laborare. Rara profecto sunt institutionum loca, quorum lectio est dubia et vel minimum eorum in censum istud effatum nullo modo referre possumus, quum ipse Theophilvs nobis id ita exhibet. Haud difficile quoque est, diuinare, quare hoc Triboniano in mentem venerit, quum profecto non sine caussa eo de filiosamilias loquitur, qui de peculio castrensi post missionem testatus est, quumque ei quidem de peculio castrensi; non tamen iure militari testari licet, in eiusmodi actu quoque patrem tanquam testem admittere haud voluit. Omnia haec libens concedo; quoniam autem reuera per id quidquam tradit, quod iuri non est conforme; neque id ea fit ratione, vt pateat, nouam quamdam Iustinianum his verbis concedere legem, eius haud rationem habemus et solum rem ex supra adlegata lege digestorum diiudicamus. Memoratu dignum est, ipsum Theophilvm certo modo errorem, in quem incidérent auctores, institutionum, perspexisse eamdemque ob caussam hoc modo illorum praeceptum cum aliis conciliare studuisse, vt adiiceret, *domesticum testimonium non ex cognatione: sed condonatione per potestatem patriam creatur.* Non sine quidem iure hac de re notatus est graecus ille interpres a M. Avrel. Galvano, *de vsufructu, cap.* viii. §. 18. aeque ac Lvd. Charonda, *libr.* ii. *verisimil. cap.* 12. *tom.* i. *thesaur. iuris Romani* Ev. Ottonis p. 755. quum patersamilias patriae potestati subiectus esse nequit; filius autem samilias, vbi de peculio castrensi testatur, pro patresamilias est habendus, secundum *L.* 2. *D. ad SC. Maced.* ideoque intuitu huius negotii patria potestas, cui alioquin est subiectus, prorsus cessat; nec vllo modo ad illam respici potest; nihilo tamen minus id tacite nobis significat, plane aliud in iure ciuili obtinere praeceptum de testimonio patris in testamento, quod filius de peculio condit castrensi. Licet quoque neque Marcellvs; neque Vlpianvs rationem reddant, cur illud sine vllo discrimine validum

esse potest, quoniam omnes ii officio hoc fungi possunt, quibus non id claris verbis est relictum. Aliud quibusdam potissimum placet, quod frater in caussa fratris haud sit testis omni exceptione maior ac singulari erga fratrem adfectus sit amore. Inter eos numeramus BENED. CARPZOVIVM, *part.* III. *const.* III. *def.* 7. Io. BRVNNEMANNVM, ad *L.* 20. *D. qui testament. fac poss.* GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XXXII. §. 13. ac SAM. STRYCKIVM, *de cautel. testamentor. cap.* XV. *f.* 28. sed fratres admittunt SAM. COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* I, *quaest.* 13. Io. BALTH. WERNHER, *part.* IV. *obs.* 230. AVG. LEYSER, *spec.* CCCLV. *corr.* 1. HENR. FRID. OTTO, diss. *quod frater in testamento fratris testis esse queat*, Lipsiae, CIↃIↃCCXXIV. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, Band.* IV. *med.* CXCIII. p. 15.

§. XIII.

Legatarius ad probandam confectionem testamenti idoneus testis esse nequit; eorum tamen testium in censum venire potest, qui sollemnitatis caussa, quum testamentum conderetur, testandi actui interfunt, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit scriptum.

Quod ad prius spectat huius propositionis membrum, recte animaduertunt iurisconsulti atque in his etiam AVG. LEYSERVS, *med. ad pand. spec.* 378. *med.* 1. probe distinguendum esse, vtrum testis solummodo sollemnitatis caussa ad conficiendum testamentum adhibeatur; an producatur ad probandum testamentum, quod iam est confectum. Quum testes posteriori casu veritatis caussa nominantur, eamque ob rem omnia requisita habere debent, quae de testibus requirunt leges; neque vn-

quam

cadunt Io. FRANC. ANDREOLVS, *in controu.* 416. CHRIST. PHIL. RICHTERVS *deciſ.* XXXI. *num.* 21. ac GEORG. AD. STRVVIVS *ſyntagm. iuris ciuilis ex.* XXXII. *theſ.* 13. Neque minus 2) aliter ſentiunt, qui ſine hac diſtinctione legatariis teſtimonium haud denegandum credunt, cum Io. SCHILTERO, *prax. iuris Rom. ex.* YXXVISI. §. 39. GEORG. AD. STRVVIO *euolut. controuerſiar. libr.* XXVIII. *tit.* I. p. 440. WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *coll. theor. pract. libr.* XXVIII. *tit.* 1. §. 68. ac Io. BALTH. WERNHERO, *part.* X. *obs.* 318. atque ideo legatarium ſemper idoneum teſtem eſſe credunt, quod ipſe teſtator eum elegerit, qui teſtis officio fungeretur; heres vero eum haud repellere poſſet, quum, hoc ſi faceret, ipſum teſtamentum, quo eius ius hereditarium nitatur, infirmaret ac ſi hoc haud ſubſiſteret, contra heredes ab inteſtato nullum ius contradicendi haberet et ob fauorem teſtamentorum ad commodum, quod redundat adlegatarium, vbi de condendo teſtamento teſtimonium ferat, non sit reſpiciendum.

§. XIV.

Non neceſſe est, vt in testamento nuncupatiuo omnes testes ſuperstites sint, si eius confectionem adſerant, vbi post testatoris obitum in dubium vocetur ac ſufficit, illius confectionem, rite peractam, alio modo plene probari.

1) Quum duo teſtes idonei ſufficiant ad rem quamdam plane probandam, vti conſtat ex *L.* 12. *D. de teſtibus*, merito ea ex re colligimus, neque corrui poſſe teſtamentum, si deceſſerint quidam e ſeptem teſtium numero; antequam teſtati sunt vltima de voluntate. Si teſtamentum 2) ante obitum teſtatoris a teſtibus publicatum plene probat, licet ante teſtatorem viuis

eximantur, merito ſtatuere quoque poſſumus, nos adquieſcere debere, vbi alio modo probari queat. Si 5) heres teſtamentarius per inſtrumentum, ſuper teſtamento confectum nuncupatiuo, illud probare poteſt, vti L. 2. *C. de teſtament.* haud obſcure ſtatuit, merito adſerere debemus, admittendam quoque eius probationem eſſe, quam per quosdam teſtium inſtituit. Aliud placet ob *L.* 30. ac 32. C. *de fideicommiſſis: L.* 21. §. 2. et *L.* 26. *C. de teſtam.* ac *L.* 21. *D. qui teſtamenta fac. poſſ.* nec minus ob cauſſas, ob quas ſeptem illi teſtes adhibeantur IAC. MASCARDO, *de probat. concluſ.* 643 ANTON FABRO, *de error. pragmaticor. dec. error.* 1. CASP. MANZIO, *de teſtam. valid tit. v. quaeſt. 6. num.* 26. Io. BRVNNEMANNO, *ad L. 2. C. de teſtam.* CHRIST. PHIL. RICHTERO, *part.* 1. *deciſ.* 32. *num.* 19. PETR. MVLLERO, *ad Struu. ex.* 32. *theſ.* 14. *tom.* 1. p. 662. ac potiſſimum CHRIST. FRID. GLVCKIO, diſſ. *de teſtamenti priuati ſollemnis probatione per ſeptem teſtes in eo ordinarie adhibitos inſtituenda*, Halae cIↃIↃCCLXXVII. ſed iis ſeſe opponunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* III. *def.* 41. SAM. STRYCKIVS, *de caut. teſtam. cap.* XV. §. 43. Io. HENR. BERGER, *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* IV. *theſ.* XIX. *not.* 3. AVG. LEYSER, *ſpec.* CCCCLV. *med.* 4. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *tom.* 1. *obs. iur. uniu. obs.* 141. atque alii.

§. XV.

Siue ſubſcriptio testium eorumque obsignatio in ipsis testamenti tabulis; siue in testamenti id fiat inuolucro, haud interest.

1) Quum ex ſententia iuris ciuilis teſtatori licuit quamcumque materiam eligere, in qua ſcribat teſtamentum, merito etiam colligimus, in inuolucro ac ce-

cedere potuisse subscriptionem et obsignationem testium. Deinde 2) extra dubitationem est positum, non; nisi in vna pagina debuisse scribi nomina testium atque adponi eorum signa: hoc vero posito, etiam in inuolucro illud est permissum. 3) Clare id tradit VLPIANVS, *L.* 22. §. 7. *D. qui testam. facere poss.* neque minus 4) constitutio THEODOSII et VALENTINIANI, cuius fragmenta exhibet *L.* 21. *pr. C. de testam. et quemadmod. testam. ordinantur.* Qui aliud statuunt, prouocant potissimum ad *L.* 21. ac 28. *C. de testamentis*: negant, inuolucrum partem esse testamenti atque ibi sollemnia expediri posse; vel illud ad substantiam testamenti esse referendum. Controuersia hac de quaestione est notanda inter IAC. FRID. LVDOVICI, diss. *de inuolucro*, Halae cIↃIↃCCXIII. et GEORG. LVD. BOEHMERVM, diss. *de testamento subscripto et signato in inuolucro*, quae exstat in eius *electis iuris ciuilis*, *tom.* I. p. 35.

§. XVI.

Antequam tabulae testamentariae subscribantur, necesse est, vt sint signatae.

Clare hoc docet PAVLLVS. *L.* 30. *D. qui test. fac. possunt*, neque id sine ratione, quum testari testem oportet, se signasse testamentum. *) Lis hac de re ex-

 stitit

*) Quemadmodum controuersia haec eo nomine attentionem meretur, quod vterque SALMASIVS aeque ac HERALDVS omnem fere in illa exueret humanitatem et quilibet alterum lacesseret maledictis, quae fere e triuio hausta essent; ita quoque ideo est notanda, quod magis verbis; quam re dissentire viderentur, quum ambo in eo conuenirent, quod per quoddam temporis spatium subsignatio denotauerit subscriptionem et solum in quaestione, quamdiu hanc notionem sustinuerit vocabulum *subsignatio*, diuersas in partes distraherentur. CHRIST. VLRIC.

Digitized by Google

ſtitit inter CLAVD. SALMASIVM, *de modis vſurarum, cap.* XI. p. 442. ac DESIDERIVM HERALDVM, *obſervat. ad ius Atticum, libr.* I. *cap.* I. et *libr.* VII. *cap.* 4. magno cum feruore agitata. Acceſſit deinde CLAVD SALMASII *de ſubſcribendis et ſignandis teſtamentis, item de antiquorum et hodiernorum ſigillorum differentia tractatus*, Lugd. Bat. CIↃIↃCLIII.

§. XVII.

Valet testamentum mysticum, vbi sit ſcriptum; minime autem, si est nuncupatiuum.

In ſcripto teſtamento non neceſſe eſt, vt teſtator nomen heredis exprimat ac ſufficere, eum indicaſſe in vltima voluntate, quanam in ſchedula hoc factum ſit, extra omne dubium poſitum eſt, ſiquidem 1) ſolum certus eſſe debet heres; certum autem eſt, obſeruante PAVLLO, *L. 6. pr. D. de rebus creditis*, cuius ſpecies vel quantitas, quae in obligatione verſatur, aut nomine ſuo; aut ea demonſtratione, quae nominis vice funditur, qualis quantaque ſit, oſtenditur. Quidquid

2)

RIC. GRVPEN inprimis plura congeſſit, quae huic liti lucem accendere queunt *obſervat. de forma conficiendi acta apud Romanos et de forma teſtamentor. iudicial.* p. 136. cui addas GEORG. LVDOV. BOEHMERVM, *elect. iuris ciuil. tom.* I. *ex.* III. p. 49. vbi vero rem ipſam conſideramus: omnino maxima differentia extitit inter *ſignare* atque *ſubſignare*, ſi ſub hoc nihil aliud; quam ſubſcriptionem intelligimus; nec facile HERALDVS probare poteſt, iam hunc ſignificatum PAVLLI aetate obſoleuiſſe atque omnibus illis digeſtorum locis, quae coniecturae ipſius aduerſari videantur in locum *ſub ſignare* irrepſiſſe *ſignare*, vti eleganter demonſtratum id eſſe conſtat a SALMASIO, *de ſubſcribendis ac ſignandis tabulis*, p. 231. Quum contrariam tueretur ſententiam, haud dubitabat ſtatuere, PAVLLVM lege citata non de ſignatione proprie ſic dicta; ſed potius de ſubſcriptione loqui atque eodem modo explicat alia iuris ciuilis loca.

2) in inſtrumento, ad quod quis ſe refert, continetur, illud eo in documento, quo id fit, repetitum cenſetur, *L. 59. pr. D. de re iudicata.* Probant hoc 3) clare leges. Valet teſtamentum, in quo quis, heredem ſe nominaturum eſſe promittit in codicillis, *L. 77. D. de hered. inſtituend.* Idem tradunt *L. 38. D. de condit. et demonſtrat.* ac *L. 25. D. de rebus dubiis.* Sed longe aliter res ſe habet, vbi eſt nuncupatiuum. Ibi teſtatorem ſe referre haud poſſe ad ſcripturam, in qua ſcriptum ſit nomen heredis, 1) patet ex ratione teſtamenti nuncupatiui, propterea quod ſit vltima voluntas ore prolata. 2) Licet quidem teſtanti vel nuncupare heredes, vel ſcribere; ſed ſi eos nuncupat, palam facere debet ex *L. 21. D. qui teſtam. fac. poſſ.* ita, vt heres exaudiatur a teſtibus; quomodo autem fieri id poteſt, ſi nomina heredum ipſis non manifeſtet? 3) Coecus ſolummodo nuncupatiuum teſtamentum condere poteſt; vbi id autem condit, ex *L. 8. C. qui teſtam. fac.* exprimere debet nomina heredum. 4) Requirit *L. 29. C. de teſtam.* vt in eiusmodi teſtamento nuncupatiuo nomen heredis; vel heredum nuncupetur et, vt ſciant teſtes, qui sint ſcripti heredes. Diſſentiunt ob *L. 77. D. de hered. inſtit. L. 10. D. de condit. inſtitut.* ac *L. 38 D. de condit. ac demonſtrat.* Io. Brvnnemannvs, in *comment. ad L. 77. D. de hered. inſtituend.* Georg. Everhardvs, *vol. II. conſ. 43. num. 5. et* 10. Sam. Stryckivs, *de cautel. teſtam. cap.* XVI. §. 25. p. 588. ac Gebh. Christ. Bastineller, diſſ. *de teſtam. myſticis*, Vit. cIↃIↃCCXXXII, immo eorum ſententia praxi ſuſtinetur forenſi; nihilo tamen minus magni nominis iurisconſulti exſtant, qui noſtram tuentur ſententiam cum Ant. Fabro, *de error. pragm. part. III. dec. 59. err. 4.* Lvd. Mencke, *in gymnaſ. iur. polemico, diſp. XI.*

theſ. 19. Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIO, *de teſtamento nuncupatiuo*, len. cIↃIↃCCXXXII. atque aliis.

§. XVIII.

Ad testamentum condendum qui est coactus, intestatus decedit.

1) Qui ad quidquam cogitur, libertate caret voluntati; ille autem, qui non habet libertatem, non conſentit in id, quod facit ideoque reuera nec teſtatur. 2) Si teſtamentum non valet, vbi detenti ſunt incerti teſtes, multo minus valet teſtamentum, vbi teſtator eſt coactus; ſed prius patet ex *L.* 20. §. *fin. D. qui teſtam. fac. poſſ.* 3) Teſtamentum, ad quod teſtator eſt coactus, pendet ex alieno arbitrio; teſtamentorum autem iura non ex alieno pendent arbitrio *L.* 32. *pr. D. de hered. inſtit.* Quibus aliud placet, prouocant ad *L.* 21. §. 5. *D. quod met. cauſſa: L. fin. C. ſi quis aliqu. teſtar. prohib.* ac *L.* 3. *D. de his, quae in teſt. del.* ANDR. FACHINAEVS *libr.* x. *controuerſ. cap.* 15. 15. FRANC. DVARENVS *ad L.* 1. *D. de teſtament.* ANTON. PEREGRINVS, *de iure fiſci, tit.* VI. *num.* 4. Io. SCHILTERVS *prax. iuris Rom ex* XXXVIII. §. 181. atque alii aduerſarii ſunt: iis repugnat Io. BRVNNEMANNVS, *cent.* I. *dec.* 85. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. polem. diſp.* XIII. §. 11 p. 192.

§. XIX.

Testamentum, ad solam interrogationem alterius conditum, non valet.

Quum ita formamus hanc positionem, non omnem interrogationem teſtamento nocere ſtatuimus eamque inprimis permittimus, si iam antea animum teſtandi et, quod vellet diſponere, declarauit; vbi autem id non prae-

praeceſſerit teſtamentumque ad ſolam teſtatoris interrogationem ſit conditum, non poſſumus illud pro valido habere, propterea quod libertatem voluntatis teſtatoris eiusmodi ex teſtamento perſpicere haud poſſumus omneque illud teſtamentum reiicimus, ex quo iſta libertas haud conſtat. Qui diſſentiunt, partim ad deciſionem veteris gloſſatoris ad *L.* 29. *C. de teſtam.* partim ad interrogationes, quae in actibus inter viuos ſunt permiſſae, prouocant. Quum inter hos memorandus eſt PETR. PECKIVS *de teſtament. libr.* I. *cap.* 17 *num.* 9. ac CASP. MANZIVS *de teſtamento valido et inualido, tit.* III. *qu.* 5. *num.* 5. noſtrae adhaerent ſententiae SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtam. cap.* IV. §. 34. Io. BALTH. WERNHER, *ſelect. obſeruat. part.* IX. *obſ.* 153. et GABR. CHRIST. SCHREIBER de CRONSTERN, *de teſtamento ad interrog. alterius condito*, Gotting. CIↃIↃCCLXI.

§. XX.

Contractus actum testandi interrumpit et vitiat, siue sit testamentum nuncupatiuum; siue sit ſcriptum.

Vno 1) vt contextu teſtamenta condantur, requirit imperator §. 3. *I. de teſtamentis ordinandis.* Idem 2) tradit VLPIANVS, *L.* 21. §. *vlt. D. qui teſtam. facer. poſſunt* atque addit, nullum actum alterum teſtamento intermiſci debere, ſi vno contextu illud condendum ſit; vterque autem de teſtamentis ſine diſcrimine loquitur. Aliud ob *L.* 26. *D. de pignor. act.* ac *L.* 9. *D. de duobus reis*: *L.* 12. *D. de aliment. legat.* ac *L.* 37. §. 5. *D. de leg.* 3. exiſtimant BENED. CARPZOVIVS, *iurispr. forenſi, part.* III. *conſt.* V. *def.* 20. SAM. STRYCKIVS, *tract. de cautel. teſtamentor. cap.* XV. §. 20. et Io. BALTH. WERNHER, *part.* III. *obſ.* 163. *tom.* I. p. 656. Sed mo-

biscum conſpirant LVD. MENCKE in *gymnaſ. iuris pol.* p. 177. ac GEORG. AD. STRVVIVS, *exolut. controuerſiar.* p. 438. ſqq.

§. XXI.

Noctu testamentum condi potest

Quum 1) imperatores, DIOCLETIANVS et MAXIMINIANVS, *L.* 20. *C. de transact.* claris verbis ſtatuunt, nullum tempus eius, qui eſt ſanae mentis et maior viginti quinque annis, conſenſum impedire, merito ea ex re concludimus, teſtatorem quoque noctu voluntatem ſuam declarare poſſe. Admittitur dein 2) ſubſignatio teſtamenti noctu peragenda, *L.* 22. §. 6. *D. qui teſtament. fac.* ab illa autem reliqui actus ſeparari haud poſſunt, propterea quod vno contextu teſtamentum fieri debet. Quum ſolum ſignationis tabularum mentio fit in modo memorata lege: fuere, qui ipſum teſtamentum nocte condi negarent, vti monet DIONYS. GOTHOFREDVS, ad *L.* 20. *C. de transact.* verum enimuero ipſe hic iuriſconſultus merito ab iis discedit.

§. XXII.

Iure Romano neceſſe fuit, vt in quolibet testamento dies et conſul adiiceretur.

1) Non ſolum VLPIANVS, *L.* 2. §. 6. *D. teſtament. quemadm. aper.* verum etiam imperatores DIOCLETIANVS ac MAXIMINIANVS *L.* 3. *C. quemadm. teſt. aper.* cauent, ne iudex diem et conſulem ex tabulis teſtamenti deſcribi patiatur, ac per id ſatis ſuperque nos docent, annum et diem teſtamento adiectum eſſe. Eo quum 2) accedit, ſecundum ius Romanum non ſolum leges in republica; ſed etiam imperatoris conſtitutiones inualidas eſſe ſine die et

et conſule, *L.* 4. *C. de diuerſis reſcriptis*, cum illis vltimas voluntates, tanquam leges priuatas comparari cenſemuset in his eamdem rationem reperiri, ob quam in conſtitutionibus, tempus, quo datae ſunt, erat definiendum; praeterea autem 3) CHRYSOSTOMVS *in homilia de Oſia* 11. teſtatur, teſtamenta vi deſtitui; niſi tempus habeant adiectum: immo 4) IVSTINIANVS, *nouell.* 107. *cap.* 1. in eo ſolum diſtingui vult teſtamentum paternum a reliquis, quod ei teſtator ipſe tempus adiiciat: profecto iure Romano tempus teſtamenti factionis definire, neceſſe fuit. Qui aliud ſtatuunt, nobis contradicunt, quod ſolum adiectio diei et conſulis requiratur in teſtamento paterno ideoque ſuperflua ſit in aliis teſtamentis, ac in his ſunt IAC. CVIACIVS, ad *L.* 20. §. 8. *D. qui teſt. facere poſſ.* SAM. STRYCKIVS, *cautel. teſtam. cap.* 2. §. 14. et GOTTFR. DAN. HOFMANNVS, *obſ. teſtamentar. theſ.* VII. p. 28.

§. XXIII.

Coeco simpliciter testamentum est praelegendum, si ſcriptum testibus exhibet; vbi autem nuncupatiuum condit, non opus est, vt quod hac de voluntate litteris designatur, ei praelegatur.

Duobus membris propoſitio haec conſtat, quum 1) teſtamenti coeci ſcripti, praelectionem eſſe neceſſariam putamus; eam autem negamus, ſi nuncupatiuum condit coecus teſtamentum. Quod ad prius attinet, euidenter hoc conſtat ex *L.* 8. *C. qui teſtam. fac. poſſ.* quum claris verbis tabulario imperat, teſtatori chartulam, ſi illam ſuscepit, aeque ac teſtibus recitare; neque minus id haud obſcure ſignificat, dum neceſſe eſſe declarat, vt tenor inſtrumenti omnibus innotescat ac teſtator elo-

Digitized by Google

gitim ſuum agnoſcere profiteatur atque addat, ea, quae lecta ſunt, ſe diſpoſuiſſe ex animi ſententia. Quibus aliud placet, illud ideo exiſtimant, quod quoque MARCIANVS, *L. 6. §. 1. D. de iure codicillor.* codicillos ſcriptos relictos declaret, licet teſtatoris manu neque ſcripti, neque ſignati fuerint atque ea, quae traduntur, in *L. 40. D. de teſtam. militum L. 1. §. 3. D. de his, quae in teſtamento del. L. 10. §. 2. D. teſtam. quemad. aperiantur* et licet omnes fere iurisconſulti in eo conſpirare videantur, quod praelectio haud ſit omittenda, e quibus ſolum breuitatis cauſſa nomino IVST. HENNING. BOEHMERVM, *de teſtamento non praelecto, §. 21. ſqq.* atque AVG. LEYSERVM, *ſpec. CCCLIII. med. 1. ſqq.* ac *ſpec CCCLXVII*, aliter tamen ſentit CAR. IO. GVIL. KOEHNEN *diſſ. de forma teſtamenti externa a coeco obſeruanda.* Gottingae, cIↃIↃCCLXXXI, *cap. II. §. 9. p. 50.* Neque vero minus certum eſt membrum poſterius. Praelectio ſemper ſupponit ſcriptum teſtamentum; illud autem, quod in ſcripturam eſt redactum, in ſcriptum teſtamentum haud mutatur ac ſi quoque iam litteris deſignatur, quod pronunciat teſtator, ad eſſentiam ipſius teſtamenti illud pertineat, ſecundum ea, quae hac de re cauta ſunt lege ſupra adlegata; praelectio tamen haud inter ſollemnitates alioquin praeſcripta haud inuenitur eamdemque ob cauſſam nec neceſſaria eſt. Huic ſententiae opponi ſolet, quod alioquin de praelectione cuiuslibet ſcripturae, alterius voluntatem continentis obtinet. Noſtrae ſententiae haud obſcure adhaeret laudatus KOEHNEN, *loc. memorat.* Sed in plane aliam diſcedit ſententiam SAM. STRYCHIVS, *de cautelis teſtamentor. cap. IV, §. 7.*

§. XXIV.

Digitized by Google

§. XXIV.

Si quis litterarum est ignarus atque testamentum scriptum iudici offert, hic aliter illud suscipere haud potest; quam si in iudicio ipsi sit praelectum, siue hoc iam coram notario sit factum hocque ille testatum faciat; siue id haud sit obseruatum.

Duplicem quaestionem propositio haec decidit. Ante omnia adfirmamus, praelegere debere iudicem litterarum ignaro testamentum scriptum, priusquam illud recipiat, si notarii testimonio haud sit stipatus, illud ipsi esse praelectum, hocque concludimus partim ex eo, quod prius haud possit iudex persuasus esse de vera ac libera voluntate testatoris; quam si id, quod tabulae testamenti continent, praesente testatore sit recitatum ac ille idem agnoscat; partim ex eo, quod eiusmodi praelectio requiratur in testamento coeci, secundum *L.* 8. *C. qui testament. facere poss.* et quod valet de coeco, adplicandum quoque sit ad litterarum ignarum ob eamdem rationem. Qui id haud necessarium esse putant, ideo id negant, quod sufficere credant, vbi litterarum ignarus, testamentum suum offerens, profiteatur, complecti illud, quod post mortem suam de hereditate sua fieri velit. Ita sentiebat BENED. CARZOVIVS, *libr.* VI. *responſ.* 9. *num.* 16. sed postea mutauit sententiam suam *part.* II. *decis.* 149. ac praelectionem hoc in casu necessariam esse docuit hocque etiam placuit HERMANN. VULTEIO, *consil. Marpurg. vol.* I. *cons.* 34. *quaest.* 1. SAM. STRYCKIVS, *cautel. testamentor. cap.* XIII. §. 21. Io. MATTHAEVS SEVTTER, *de testamento analphaeti*, Altorfii, cIↃIↃCCX. ac Io. BALTH. WERNHER, *part.* IV. *obs.* 64. Neque vero minus eadem in propositione praelectio-

lectionem teſtamenti eiusmodi a iudice faciendam cenſemus, ſi quoque illa peracta fuerit coram notario hicque illud teſtatum facit. Quum hoc loco ſemper ſupponitur, ipſum teſtamentum coram iudice condi: omnes quoque ſolemnitates in condendo teſtamento obſeruandae, in iudicio peragi debent quumque inter illas quoque locum tenet praelectio: neque illa extra iudicium a notario fieri poteſt. His quum accedit, iudicem non poſſe recipere teſtamentum; niſi plene perſuaſus ac conuictus, illud continere voluntatem teſtatoris, ſecundum *L.* 19. 23. et 27. *C. de teſtamentis*: adquieſcere haud poteſt in teſtimonio notarii eiusue teſtium. Tandem quoque idem traditur in *L.* 8. *C. qui teſtam. facere poſſunt.* Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad id, quod ipſis legibus non praeſcribatur praelectio litterarum ignaro facienda; ſed maiorem in ſecuritatem a iurisconſultis ſit introducta: hocque vero poſito eius in locum teſtimonium notarii de facta praelectione poſſit ſuccedere tanquam actus aequipollens, neque vero minus fauorem teſtamentorum adlegant, ac ſimul ſententiae ipſorum robur quoddam accedere putant ex *L.* 21. *C. de teſt.* CASP. MANZIVS, *de teſtam. valid. ac invalid. tit.* IV. *qu.* 8. DIDAC. COVARRVVIAS, *tom.* I. *de teſtam. cap.* XI. *num.* 25. PETR. PECKIVS, *de teſtam. coniug. libr.* III. *cap.* 20. *num.* 15. atque alii noſtrae fauent ſententiae: aduerſariorum vero princeps eſt SEVTTERVS, *diſſ.* ſupra a me *adlegata.*

§. XXV.

Plures in vno codice testamenti testari poſſunt.

Patet hoc ex *L.* 20. *pr. D. de vulg. et pupillari ſubſtitut.* quum ibi mentio ſit tabularum, quae continerent patris ac

ac filii teſtamentum ac ſeptem ſignis patris eſſent munitae 2) Neque minus alius vltimae voluntatis duorum fratrum mentio fit *L.* 19. *C. de pact.* Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad *L.* 28. *C. de teſtam.* In his exſtitit VLRIC. HVBER, *praelect. ad inſtit. tit. de teſtam. ordinandis poſ.* 19. Sed ipſi refragantur IASON ad *L.* 19. *C. de pact.* ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 117. ac LVD. MENCKE, *gymnaſio iuris polem.* p. 177.

§. XXVI.

Si pater testamentum inter liberos condit, succedunt haud iure intestati; sed iure testamenti.

1) Vbi heres a teſtatore nuncupatur hocque nomine ſuccedit, ibi ſucceſſio adeſt teſtamentaria; neque ab inteſtato; prius autem in teſtamento patris inter liberos omnino locum habet. 2) Vbi adeſt teſtamentum, ibi ſucceſſio quoque adeſt teſtamentaria ac legitima exulat; teſtamentum vero adeſſe, ſi vltima voluntate pater de bonis ſuis inter liberos diſpoſuerit, in promtu eſt atque ex heredum inſtitutione, quae in eiusmodi reperitur teſtamento: porro ex nomine teſtamenti, quo ei ipſa in *nouell.* CVII. *cap.* 1. datur, atque ex eo, quod parentes, qui ita disponunt, dicantur teſtatores, clare conſtat. Neque minus idem 3) concludimus ex praelegatis, quae parentes in tali vltima voluntate relinquere poſſunt ac 3) ex eo, quod teſtamentum patris rumpi nequeat; niſi alio teſtamento omnibusque modis perfecto. Plures inter antiquiores potiſſimum exſtiterunt, quibus aliud placeret. Quum inter illos agmen duxit IAC. GOTHOFREDVS ad *L.* 1. *cod. Theod. de famil. erciſcunda tom.* 1. p. 224.

po-

potiſſimum ad legem hanc *) prouocat, quod ſecundum illam diſpoſitio talis parentum vocatur voluntas, quae

*) Quum plures imperatores conſtitutionibus ſuis cauere ſtuderent, ne irrita fierent teſtamenta parentum eoque nomine impugnarentur, quod ſollemnitates, alioquin in teſtamentis vſitatae, ab iis haud eſſent adhibitae, hiſtoriam earumdem ſatis accurate exhibet ARNOLD. VINNIVS, *libr.* II. *ſelectar. quaeſt. cap.* XVII. p. 374. ſqq. merito tamen hoc loco profiteor, me nondum perſpicere poſſe, quonam iure IAC. GOTHOFREDVS, *comm. ad L.* 1. *cod. Theodos. de familia erciſcunda*, *tom.* I. p. 223. ſqq. adferere potuerit, legem hanc a Triboniano codicem in IVSTINIANEVM eſſe translatam eique ab ipſo vltimum locum eſſe adſignatum inter leges, quae ibi titulum de *familia* conficiunt *erciſcunda*. Quoniam id ſupponit, nihilominus tamen inſignem disparitatem, quae inter vtramque eſt, negare nequit, coniicit, eam interpolatam eſſe a Triboniano ac partim ex *L.* 21. §. 1. *C. de teſtamentis*; partim autem ex duabus conſtitutionibus DIOCLETIANI, videlicet *L.* 16. et 21. *C. famil. erciſcund.* mutatam eamdemque ob cauſſam eundem flagitii cuiusdam adcuſat; ſed reuera miror, ſummum virum haud ex hac diſcrepantia concluſiſſe, diuerſam plane vnam eſſe abulteram. Mihi quidem id omnino eſt probabile. Vbi 1) verba ipſa vtriusque legis paullo curatius conſideramus, ita discrepant, vt ne vnicam quidem periodum poſſimus nominare, quam in vtraque deprehendamus. Iam ex eo concludendum eſſe puto, legem illam, quam in Theodoſiano codice inuenimus, diuerſam eſſe ab ea, quam Iuſtinianus exhibet idque eo maiori iure, quum numquam interpolatio Triboniani eſt praeſumenda; ſed accedit 2) quod ad alium ſcripta ſit lex Theodoſiana: ad alium Iuſtinianea: illa ad *Verinum*: haec autem ad *Baſſum P. P.* Haud dubitat quidem GOTHOFREDVS noſter ſtatuere, inſcriptionem quoque mutatam eſſe a Triboniano; ſed quae quaeſo potuit eſſe cauſſa, ob quam quoque Tribonianus vsque eo interpolandi facultatem, ipſi eius ab imperatore conceſſam, extendere ſit ausus? Profecto mandati fines transgreſſus eſſet; ſed illud neque de Triboniano noſtro, neque eius de collegis eſt praeſumendum. Nec vllum profecto exemplum eiusmodi interpolationis extat atque eo minori iure illa hoc loco adſu-

quae quidem sub testamenti vocabulo esset coepta; haud tamen perfecta, alii aliis adhuc argumentis vtun-

tur,

adsumi potest, quum ipse GOTHOFREDVS satis docte expositit. Verinum, ad quem data est illa constitutio, quae legitur in codice Theodosiano, praefectum vrbis fuisse Romae; Bassum autem praefectum praetorio ista aetate exstitisse, discimus ex pluribus codicis Theodosiani legibus, videlicet *L.* 1. *de postulando: L.* 3. *de episcopis: L. vn. si pendente appellat. L.* 3. *de tempor. curs.*, *L.* 3. *de maleficiis ac L.* 1. *de legitimis hered.* Haec quum ita sese habeant; neque negari possit, haud ad vnum praefectum vtramque hanc legem esse datam: immo non certo adfirmari possit, vtramque vno die esse exaratam, quia nomen mensis in ea, quae inuenitur in codice Iustinianeo, perit et si quoque vno die exaratae essent, diuersae esse possint nosque innumera habeamus in codice nostro rescriptorum plurium exempla vno atque eodem tempore exaratorum: immo neque interpolationem, quae falso Triboniano tribuitur, confessus sit in *Nouell.* CVII. *prooem.* etsi ibi legamus, *a Constantino diuae memoriae lex scripta est per antiquae coniecturae simplicitatem: porro [causarum varietas et natura eas frequenter mutans egere leges illas emendatione nostra praeparauit* quumque haec verba sese, vti clare patet, referant eam ad sanctionem, quam Iustinianus hac in nouella de testamentis parentum inter liberos promulgat, iterum GOTHOFREDVS in errorem incidit, vbi persuasum habet, coniecturam, quam protulit, hisce corroborari posse verbis: merito potius vnam ab altera distinguimus ac solum concedimus, vnum imperatorem, CONSTANTINVM, vtriusque esse auctorem; neque minus vtramque vno anno, videlicet *Crispo* II. *ac Constantino caesare* II. *coss.* esse vulgatam.

Magis conueniunt verba *L.* 16. *et vlt. C. famil. erciscundae*, neque negare volo, inprimis verba prioris legis: *sed et si tam circa testamentum; quam etiam codicillos iudicium eius deficiat verum quibuscunque verbis voluntas eius declarata sit: licet ab intestato ei fuerit successum ex SC. vetentionis modo seruato, familiae erciscundae iudicio aditum iudicem sequi voluntatem oportere* propemodum in posteriorem migrasse videri; neque vero ex eo concludere possumus, id a TRIBONIANO esse factum ac Constan-

tur. Inter ea eminent, quod 1) ea dispositio pro testamento haberi nequeat, quae sine omnibus testibus firma possit esse ac stabilis; haec vero dispositio subsistat, si nulli testes adhibiti fuerint: 2) in eadem liberi haud possint exheredari: 3) in *L.* 21. §. 3. *C. de testamentis* cautum sit, vt, si in priori testamento perfecto scripti sunt heredes extranei; in posteriori autem imperfecto ii, qui ab intestato sunt heredes et hoc quinque testium sigillis sit firmatum, prius pro rupto habeatur; posterius vero valeat; non tamen tamquam testamentum: neque minus 4) in constitutione DIOCLETIANI ac MAXIMINIANI, nimirum *L.* 16. *C. fam. erciscundae* iudici imperatur, sequi patris voluntatem in diuisione bonorum et tamen concedatur, successionem tunc ab intestato locum habere: 5) patrem testatum haud succedere, si quoque eiusmodi testamentum conderet, ex *L.* 21. §. 3. *C. de testament.* sit colligendum ac eam potissimum ob causam testamenta illa dicantur imperfecta, quod cum aliis testamentum haud comparetur: 6) non omnis ille succedat ex testamento, cui successio testamento adsignatur, secundum *L.* 2. *D. de iniust. rupto ac irr. testam.* Cum GOTHOFREDO consentiunt ANT. FABER, *dec.* XXXV. *error.* 3. ANDR. FACHINAEVS *libr.* III. *controu.* 4. hisque accessit GEORG. HENRIC.

stantinus eodem modo sanctionem DIOCLETIANI dignam habere potuit, quam denuo renouaret.

Tandem persuasum habet GOTHOFREDVS, respicere DIOCLETIANVM ad diuisionem bonorum a parentibus inter liuos factam. Ei repugnat GEORG. HENR. ALDRINGER *diss. supra adleg.* nec sine iure: immo id nec de *L. vlt. C. famil. erciscundae* adfirmare possumus, quum haec clare supponit, coeptum vel esse; nec completum testamentum: vel adesse codicillum: vel epistolam; vel scripturam, quibuscumque verbis relictam omnique tempore defuncti dispositionem iudicio familiae erciscundae custodiendam.

Digitized by Google

RIC. ALDRINGEN *disp. iurid. de filio in imperfecto parentis inter liberos teſtamento ne bona quidem mente exheredando*, Auguſtae Treuirorum, cIↃIↃCCLXXXV. ſed ab his mecum discedunt praeter antiquiores iuris interpretes REINH. BACHOVIVS *ad Treutlerum vol.* II. *disp.* X. *theſ.* 6. *litt. H.* atque ARNOLD. VINNIVS, *ſelectar. iuris quaeſtion. libr.* II. *cap.* XVII. p. 3-2.

§. XXVII.

Scriptum eſſe debet teſtamentum parentum inter liberos; neque illud valet, quod coram duobus testibus nuncupatur.

Concludimus illud ex ſequentibus argumentis. 1) Quaelibet exceptio legis ab imperante adiecta ſtricte eſt interpretanda. Quum iure noſtro parentibus quaedam remittuntur ſolemnitates, exceptio locum inuenit a lege, quae modum teſtandi ordinarium praeſcribit. Non poſſumus itaque; quin eamdem ſtricte interpretemur, quumque haec ſolum ſcripta tangit teſtamenta, illam non licet extendere ad nuncupatiua; neque in locum ſcripturae, quam claris requirit verbis ſubſtituere voluntatem, coram duobus teſtibus vere prolatam. Si 2) noſtra theſis haud vera eſſet, IVSTINIANVS haud ſanxiſſet, litterarum gnarum eſſe debere patrem, qui inter liberos teſtari vult, ſecundum *Nou.* CVII. *cap.* I. Propria manu ſcribi a parente vult imperator tale teſtamentum; praeterea autem memoratu eſt dignum, quod vel minimum ipſius ex ſententia nomina liberorum vnacum tempore conditi teſtamenti ſcripta eſſe debeant, neque vncias, in quibus heredes ſcripſit, ſignis numerorum; ſed per totas litteras deſi-

gnare ipſi ſit licitum. Quum deinde 3) L. 21. §. 2. C. *de teſtamentis* cautum ſit, *teſtamentum nuncupatiuum aliter haud valere; quam ſi coram ſeptem teſtibus ſit conditum;* neque hac in re exceptum eſt teſtamentum parentum inter liberos. Quumque porro 4) certum eſt, ſolemnitates in teſtamento parentum haud omnes ceſſare; ſed ſolum quasdam: in illo autem negotio plures teſtes ſemper adeſſe debere, quod quadam cum ſollemnitate eſt coniunctum, ex *L. vlt. C. de fideicomm.* neque validum eſſe poteſt teſtamentum parentum, coram duobus teſtibus conditum; qui autem aliud ſtatuunt, eius veritatem potiſſimum ex eo concludere volunt, quod nouella adlegata ſolum ad teſtamenta parentum ſcripta ſpectet; neque in illa prohibitum ſit; quo minus parentes teſtamentum nuncupatiuum conderent: *L.* 21. § 1. *C. de teſtam.* generatim imperfectum teſtamentum pro valido declaretur ac duobus teſtibus eadem fides ſit tribuenda, quam habeat ſcriptura paterna. Agmen aduerſariorum poſt ANDR. GAILIVM. *libr.* II. *obs.* 112 ac BEN. CARPZOVIVM, *part.* III. *conſtit.* 4. *def.* 22. ducunt eorumque argumenta inprimis exponunt GEORG. AD. STRVVIVS *ex.* XXXII. *theſ.* 12. ARNOLD. VINNIVS, *ſelect. iur. quaeſt. libr.* II. *cap.* 18. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCXXXVII. *med.* 10. Io. CAR. KOENIG *de par. inter liberos diſponent.* Marb. CIↃIↃCCXXXIV. GEORG. FRID KRAVSSIVS diſſ. *de teſtam. parentum inter liberos minus ſollemniter nuncupato*, Viteb. CIↃIↃCCXXXVII. Io. PHIL. CARRACH, *de diſp. parentum inter liberos nuncupatiuis*, Hal. CIↃIↃCCLIV. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* IV. *med.* CCLXVI. p. 318. noſtra autem potiſſimum explicata eſt ab ANT. FABRO *error. pragmat. dec.* XXXV *err.* 4. et *dec.* XXXVI. *err.* 9. GOTTFR LVD. MENCKEN *de teſtamento parentum inter liberos priuilegiato iure ciuili ſine ſcriptura inualido*, Helm-

Helmſtad. CIↃIↃCCLVI. et V. C. LVD. GOD. MADIHN *viciſſitud. ſubſtitution. exemplar.* §. 45. p. 117. *).

*) A quaeſtione, quam hoc loco in medium protuli, alia eſt diuerſa, quae tamen nihilominus attentionem noſtram meretur, vtrum neceſſe ſit ex ſententia nouellae illius CVII. qua praeſcripta eſt norma conficiendi teſtamentum parentum, vt parens integrum ſcribat teſtamentum; an id haud requiratur? GOTTFR. LVD. MENCKENIVS ſtatuere id haud dubitat, atque, vt ſententiam ſuam argumentis quibusdam corroboret, diſſertatione memorata, §. XV. p. 31. ſqq. contendit, voluiſſe imperatorem, vt vndiquaque clara atque indubitata ſit voluntas parentum, qui inter liberos teſtantur, omnisue occaſio, de illa litigandi, liberis praeſcindatur, illos vero haud obtinere potuiſſe, quod intenderent, ſi ſolum eorum ſubſcriptio eſſe adhibenda hocque nomine a Io. FRID. HOMBERGIO discedit, qui haud intereſſe putat, vtrum ſcriptum ſit hoc teſtamentum manu aliena; an manu teſtatoris propria. HOMBERGIVS haud ſolum hoc ſtatuit. SAM. STRYCKIVS, non minus patri permittit, tertio committere, vt ſcribat teſtamentum, vbi illud ſubſcriptione ſua vult confirmare, *de cautel. contract. cap.* X. §. 20. p. 415. Conſpirat cum ipſo GEORG. AD. STRVVIVS; *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* XXXII. *theſ.* 18. *tom.* I. p. 669. atque eiusdem caſtra quoque ſequuti ſunt recentiores iurisconſulti, e quibus ſolum breuitatis cauſſa Io. AVG. HELLFELDIVM *inſtitut. forenſi libr.* XXXIX. *tit.* I. §. 14 nomino: nequo vero ego dubito hac in re communem adoptare ſententiam, et miror potius, MENCKENIVM eamdem deſeruiſſe. Memoratu profecto eſt dignum, imperator, quum de manu loquatur, *nou.* CVII. *cap.* II. haud ad integrum teſtamentum reſpicere; ſed nominum liberorum mentionem facere, quae in eiusmodi voluntate vltima ſcribi vult ἰδίᾳ χειρί et adhuc incertum eſſe, vtrum quoque hoc extendendum ſit ad paullo antecedentia verba, quibus quoque temporis habet ratio, atque non minus illud curate definire patri praecipit. Si ipſum textum graecum inſpicimus, referre ſe videntur voculae: ἰδίᾳ χειρί ad vtrumque, nimirum tempus aeque ac nomina liberorum; ſed non ita quondam locum hunc eſſe explicatum, ſtatim liquet ex authentica verſione, quae easdem ſaltim ita de nominibus interpretatur: *primum quidem eius ſubſcriptione tem-*

pus

§. XXVIII.

Quamuis nostra aetate etiam patri, litterarum ignaro, permittatur, testamentum inter libe-

pus declaret; deinde quoque filiorum nomina propria manu. HOMBERGIVS quidem hac in re *nouellis constitut. Iustiniani nou.* CVII. *cap.* 1. p. 720. aliter sentit atque locum hunc latine ita reddidit, vt omnino tempus hoc aeque ac nomina liberorum, propria manu indicari debuerint; tantum tamen abest, vt ex eo concludere queamus, integrum testamentum scribendum fuisse a testatore, vt illud potius ob hanc sanctionem statuiemur, Si suppoſuerit imperator, totum instrumentum a patre propria manu confici debere, haud profecto ipsi opus fuisset, monere, qua manu nomina heredum ac tempus, quo conditum sit testamentum, indicari debeant; immo haud opponere potuisset huic sanctioni eam, quam de singulis vnciis integris litteris declarandis illi iungit. Quum sine omni dubio in hac imperator respicit ad legem CONSTANTINI magni de testamento paterno, *L.* 21. *C. fam. erciscundae* qua haud interesse traditur, *quocunque modo aliae scripturae quibuscumque verbis vel indiciis inueniantur relictae*, illud quidem abrogat; neutiquam tamen, quanam manu illud fieri debeat, definit ac per id nobis denuo significat, omnino quoque voluntatem illam manu aliena potuisse scribi, si saltim nomina heredum manu propria scripta ac non minus quoque tempus ab ipso sit definitum. Si consideramus, diuisiones parentum inter liberos priuatim factas quondam vsitatiores fuisse; quam ipsa eorum testamenta, vti potissimum ex *L.* 31. sqq. ac 39. *D. de inoff. testam.* constat atque primum coepta; sed non perfecta eorum testamenta imperatoribus praebuisse occasionem decidendi, quatenus parentes inter liberos testantes ad adhibendas sollemnitates testamentarias sint adstricti, vt partim liquet ex constitutione DIOCLETIANI ac MAXIMINIANI, *L.* 16. *D. fam. ercisc.* partim ex lege CONSTANTINI, *L.* 1. *cod Theod. de familiae erciscundae*, neque minus memores sumus elegantis illius explicationis vocabuli περιγραφειν, quam debemus HOMBERGIO, omnia haec mirum in modum iis, quae IVSTINIANVS cauit, lucem accendunt, ac nobis luculentum exhibent documentum, IVSTINIANVM haud respexisse ad reliquas eiusmodi testamenti partes.

Digitized by Google

liberos minus ſollemne condere; iuri tamen ciuili id haud conſentaneum videtur.

1) Requirit IVSTINIANVS de patre, qui inter liberos teſtari vult, eum eſſe litterarum ſcientem, *nouell* CVII. *cap.* I. 2) Conueniunt in eo inter ſeiurisconſulti, quod teſtamentum patris priuilegiatum ſcriptum non valeat; niſi teſtator *ſubſcriptione ſua* tempus teſtamenti condiii declarauerit: *propria manu* filiorum nomina adiecerit atque *eius litteris* omnia ſint declarata, *nou.* CVII *cap.* 1. ideoque teſtamentum patris omni tempore ſcriptum eſſe debere, merito ſtatuimus. Iure antiquiori id neceſſarium fuiſſe, triplex modo *L.* §6. *C. famil. erciſc.* docet. *Primum* coepti; neque impleti teſtamenti meminit; *deinde* per codicillum hoc in loco epiſtolam intelligendam eſſe declarat ac *demum* addit, ſcripturas tantum valere, quoquo modo ac quibuscunque verbis atque iudiciis ſcriptae fuerint. Cui legi addas *L.* 21. §. 1. *C. de teſtament.* De recentiori iure autem idem abunde teſtatur *Nou.* CVII. Quum certum eſt, haud opus eſſe, vt litterarum ſit gnarus pater, vbi nuncupatiuum quoque teſtamentum inter liberos condere poteſt, eadem argumenta, quibus quidam illud demonſtrare ſtudent, proferuntur ad ſententiam firmandam, huic theſi contrariam. Neque minus eadem deducitur ex *ſcripturis, quibuscunque verbis; vel iudiciis relictis*, quarum in *Nouell. ſupra citata* mentio fit atque hoc ſtatuunt ARNOLD. VINNIVS, *libr.* II. *ſel. quaeſt. cap.* 18. Io. SCHILTERVS, *exerc.* XXXVIII. §. 128. SAM. STRYCKIVS *de cautel. teſtament. cap.* X. §. 21. PETR. MVLLERVS *ad Struu. exerc.* XXXII. *theſ.* 18. et Io. PHIL. CARRACH, *de diſpoſ. parentum inter liberos nuncupat.* Halae c ɔlɔccliv. omnes vero, qui antecedenti ſuffragantur propoſitioni, etiam hanc adprobant.

§. XXIX.

Etiam testamentum parentum inter liberos non valet; nisi tempus, quo illud sit conditum, clare est definitum.

Clare quum id constat ex *nouell.* CVII. *cap* I. atque ex authentica *quod sine C. de testamentis;* hac ex nouella constitutione formata, non opus est, vt quidquam adhuc adiiciatur ad firmandam hanc thesin: verum adferunt quoque aduersarii argumenta, quibus corroborare studeant sententiam suam, quum prouocant ad id, quod *L.* 21. *pr. C. de testam.* omnes sollemnitates in testamento vsitatae recensentur; neque tamen huius requisiti mentio fiat: neque minus *l.* 26. *C. famil. erciſc.* quaenis vltima voluntas patris sustineatur ac tum demum necessarium sit, scire tempus conditi testamenti, si duo extarent; neque constaret, quidnam sit prius quidue posterius, ac ita argumentantur MATTH. WESENBECIVS, *consil part.* I. *concil.* 40. *num.* I. ac FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obseru. iuris vniuersi, tom.* III. *obs.* V §. 3. verum enimuero eam sententiam, quam nos quoque adoptauimus, amplectuntur BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* IV. *def.* 17. MATTH. BERLICHIVS, *part.* I. *dec.* 90. CONRAD. RITTERSHVSIVS, *expos. nouellarum method. part.* VI. *cap.* 2. *num.* 4. SAM. STRYCKIVS *de cautel. testamentor. cap.* X. §. 14. AVGVST. LEYSERVS, *spec.* CCCLXVII. *med.* 3. atque auctores *der. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. p. 19.

§. XXX.

Inter naturales liberos pater modo priuilegiario testari non potest.

Si

Digitized by Google

Si liberorum abſolute mentio ſit in iure, ſub illis nequidem adoptiui; ſed legitimi ſolum intelligi debent ideoque ab his quoque excludendi ſpurii aeque ac naturales ſecundum L. 75. *D. de condit. et demonſtrat.* Ratio, cur teſtamentum inter liberos valeat, etſi imperfectum ſit; vel minime minus ſolemniter conditum, in eo potiſſimum eſt ponenda, quod liberi proximi quoque atque vnici heredes teſtatoris ab inteſtato ſint, vti conſtat ex *L.* 26. *C. fam. erciſcundae*; ſed hoc iterum haud ſtatui poteſt de liberis naturalibus. Tandem concludimus merito ex eo, quod filius naturalis, ſi quoque ſextantem partem accipiat, nunquam heres patris ſui ex aſſe dici poteſt: hoc vero modo numquam ſolum ſecundum normam priuilegio praeſcriptam eius pater teſtari poteſt, ſiue illi totam hereditatem relinquere; ſiue alium extraneum heredem ſcribere velit. Contrarium qui adſerunt, ideo id ſtatuunt, quod liberi naturales ſub nomine liberorum comprehendi videantur §. *fin. I. de nupt. L. fin. C. de confirmando tut. L.* 6. *D. de in ius vocando*, *Nou.* LXXXIX. *cap.* 12. §. 2. atque *authent Licet C de natural. liber.* veruntamen ante omnia multi antiquiorum iurisconſultorum haud fauere voluerunt hac in re liberis naturalibus, videlicet ANGELVS, ALEXANDER, IASON, DECIVS. Eorum exempla ſunt ſequuti ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 112. HARTM. PISTORIS, *libr.* I. *qu.* I. *num.* 19. GROEO. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuilis*, *ex.* XXXII. *theſ.* 18. ac Io. SCHILTERVS, *iurisprud. for. ex.* XXXVIII. *theſ.* 30. Sed ab iis alieni ſunt PAVLL. DE CASTRO ad *L.* 21. §. 1. *C. de teſtam.* BENED. CARPZOV, *part.* III. *conſt.* 4. *def.* 24. PAVLL. CHRISTINAEVS, *libr.* I. *decis.* 117. ac LVD. MENCKE, *gymnaſio polemico iuris*, *diſp.* XII. *theſ.* 19.

§. XXXI.

Etiam inter nepotes testamentum patris priuilegiatum valet, licet filius adhuc viuat.

1) Si teſtamentum priuilegiatum de rebus, filiis relictis, valet, merito quoque id extenditur ad illas, quae nepotibus relinquuntur, quoniam ſecundum *L.* 220. *pr. D. de V. S.* liberorum adpellatione nepotes ac pronepotes intelliguntur. 2) Opponuntur liberis in *L.* 21. §. 1. *C. de teſtamentis* aliae perſonae extraneae quumque has ad nepotes haud poſſumus extendere, nihil reſtat; quam vt ſtatuamus, eosdem ſub liberis intelligi. Obiicitur huic ſententiae *L. fin. C. famil. erciſcundae* ab aduerſarii, in quibus numerare debemus SAM. STRYCKIVM, *diſſ. de iure teſtandi int. liberos, cap.* II. §. 10. FRID. ESPVFENDORFIVM, *tom.* II. *obs. iur. vniuerſ. obs.* 30. ac GEORG. HENR ALDRINGEN, *diſſ. de filio in imperfecto parentis inter liberos teſtamento ne bona quidem mente exheredando*, IX - XIII. iis autem repugnant HARTM. PISTORIVS, *libr.* I. *quaeſt.* 1. *num* 16. BENEDICT. CARPZOVIVM, *part.* III. *conſt* IV. *def.* 16. FRID. A SANDE, *libr.* IV. *tit.* 1. *def.* 6. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. polem. iuris, diſp.* XII. *theſ.* XIX.

§. XXXII.

Etiam illud testamentum parentum inter liberos valet, quod ab vno; vel altero fratrum profertur; neque eius in bonis tempore mortis reperitur.

Quodcunque leges de teſtamento parentum haud praeſcribunt, illud nec in iis neceſſarium eſt: poſitio, quam in dubium vocare haud potes. Neque in *L.* 26. *C. famil. erciſcundae;* neque in *Nouellae* CVII. *cap.* 1, quod

potiſ-

potiſſimum illud tangit, quidquam hac in re de eiusmodi teſtamentis praeſcribitur, eamdemque ob cauſſam merito ſtatuimus, nec infirmari teſtamentum, quod penes fratrem iſto exſtat tempore; quibus autem aliud placet, id potiſſimum ſtatuunt, quod cuſtodiri debere putant eiusmodi teſtamentum a patre vsque ad eius mortem. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* CXII. noſtrae repugnat ſententiae, quam latius expoſuit FRID. GOTTL. ZOLLERVS *de diſpoſitione paterna inter liberos, quae poſt obitum patris ab vno ex filiis profertur*, CIↃIↃCCLVIII.

§. XXXIII.

In testamento parentum inter liberos eorum exheredatio fieri nequit.

1) Iubet imperator *nou.* CVII. *cap.* I. parentes in eiusmodi teſtamento heredes ſcribere liberos. 2) Quoniam parenti eo in teſtamento ſollemnitates ex iure ſingulari ſunt remiſſae, id etiam ſtrictiſſime eſt interpretandum. 3) Quum tot ſollemnitates in exheredatione requirunt leges, illa in eiusmodi teſtamento fieri nequit. Tandem 4) a codicillis haud immerito concluditur ad teſtamenta parentum inter liberos quumque in iſtis exheredatio haud eſt permiſſa, quemadmodum liquet ex *L.* 14. *C. de teſtam.* ac §. 2. *I. de codicillis*, idem quoque valere ſtatuitur de teſtamentis. Qui aduerſariam tuentur ſententiam, prouocant ad fauorem parentum, cuius potiſſimum in *nou.* CVII. *cap.* I. ratio habetur; neque minus eius ſanctionem, quae, quicquid velit ac ordine patet, ſeruare iubeat; neque vllo modo excludat exheredationem ab inſtitutione liberorum. Horum in cenſum cadunt IVL. CLARVS, *de teſtam. qu.* VIII. *num.* 21. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXIX. *tit.* I. *quaeſt.* 16. ac Io. GOTTFR. SCHAVMBVRG, *comp. digeſt.*

iur. libr. XXIX. *tit.* I. p. 218. sed nobiscum faciunt SAM. STRYCKIVS *de cautel. testamentorum*, *cap.* X. *et* XII. GEORG. ADAM. STRVVIVS *exerc.* XXXII. §. 19. IO. FLOR. RIVINVS, *diss. de filio in testamento parentum priuilegiato non exheredando*, Lipsi. CIↃIↃCCLII. IO. HENR. BERGER, *oecon. iur. libr.* II. *tit.* IV. §. 6. et FRID. GOTTL. ZOLLERVS *de exhered. bona mente facta*, Lipsi. CIↃIↃCCLXIX.

§. XXXIV.

Ne bona quidem mente exheredatio fieri potest in testamento parentum inter liberos.

Si ea, quae de cauſſis exheredationis legibus ſunt condita, excipiamus, reliqua de exheredatione capita ita ſunt comparata, vt quum exheredatio bona mente facta ſpecies ſit exheredationis, merito vtrique exheredationi, nimirum huic aeque ac ordinariae, ſint communia. Inter ea etiam referendum quoque eſt illud requiſitum, quod exheredatio non; niſi in teſtamento ſollemni peragi queat ideoque bona mente exheredatio obtinet in teſtamento, quod pater inter liberos ſuos condit. 2) Vbi in iure noſtro mentio ſit talis exheredationis, haud ſimul quidquam de teſtamento parentum inter liberos priuilegiato traditur, hue reſpiciamus ad *L.* 16. §. 2. *D. de curat. furios.* ſiue ad *L.* 12. §. 2. *D. de bonis libertor.* ac *L.* 18. *D. de liberis et poſtumis:* immo nominant hae leges nobis caſus, quibus fere haud facile talis diſpoſitio condi potuiſſe videtur. Vel minimum vltima lege ait generatim VLPIANVS, exheredatione facta, ſaepius fideicommiſſariam dari hereditatem; neque hac in re diſtinguit, vtrum extraneo; an potius vni; vel alteri liberorum relinquatur. Aduerſarii ad bonam prouocant mentem, qua haec exheredatio ſeſe diſtinguat ab alia eamdem-

demque ob cauſſam etiam illam in teſtamento parentum fieri poſſe putant atque inter hos eminet FRID. GOTTL. ZOLLERVS, *de exheredatione bona mente facta*, Lipſiae, cIↃIↃCCLXIX. Sed noſtram tuetur ſententiam GEORG. HENR. ALDRINGEN, *diſſ. de filio in imperfecto parentis inter liberos teſtamento ne bona quidem mente exheredando*, Auguſtae Treuiror. cIↃIↃCCLXXXV.

§. XXXV.

Si in testamento parentum inter liberos legatum extraneo est relictum, aliter ex sententia iuris ciuilis, licet ab ea plura iurisconsultorum discedant collegia, valere nequit; quam si sit conditum in praesentia quinque testium.

Requirit IVSTINIANVS in *Nou.* CVII. *cap.* I. de legatis, fideicommiſſis libertatibuſue, extraneis relictis in teſtamento parentum inter liberos, illa debere a teſtatore ſcripta ac dicta coram teſtibus; illorum vero quinque eſſe debere, quamuis eorum numerus haud ſit definitus, extra omnem fere dubitationem eſt poſitum. Nam 1) iubet *L. vlt* §. 3. *C. de codicillis* in omni vltima voluntate quinque adhibere teſtes. 2) Teſtes in eiusmodi teſtamentis parentum non minus; quam in aliis vltimis voluntatibus ſollemnitatis cauſſa adhibentur. Colligimus id *primum* ex eo, quod lex non ſolum teſtamentum facere iubet in praeſentia teſtium; ſed etiam coram iis, quae ſcripſit, dicere; ſeu, vti ſcite explicat GOTHOFREDVS, praelegere. *Deinde* legislator hanccce praelectionem, quae ſit coram teſtibus, praeter legati ſcriptionem poſtulat; quum vocabula *ſcripta* et *dicta* non ſunt diſiuncta; ſed copulata. Equidem Io. SCHILTERVS *exerc.* XXXVIII. §. 125. et Io. PETR. A LVDEWIG *in den gelehrten Anzeigen*, *tom.* I. *num.* 27. id haud exi-

Digitized by Google

existimarunt: sed vera notio particulae τὲ, coniungendi virtutem habentis, apud Graecos visitata, satis superque docet, auctorem *authenticae versionis* pariter ac HOMBERGIVM ZV VACH eam recte coniecisse: *dictaque*. Non sine ratione *denique* in *nouella manus* et *lingua* coniunguntur. Vbi vero 3) testes negotio cuidam sollemnitatis gratia interfunt, ibi plures; quam duo testes esse debere, discimus ex *L. vlt. C. de fideicommissis*. Dissentiunt ac duos solum testes sufficere putant, quod, si testes requirantur lege quaedam; neque hac numerus eorum definiatur, duo testes solum necessarii sint ac *L.* 8. §. 3. *C. de codicillis* derogatum esse putant *Nouella* 107. DIONYS. GOTHOFREDVS, *ad nou* CVII. *cap.* I. *not. f.* WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. practic. tom.* II. p. 918. Jo. HERR. BERGERVS, *resolut. leg. obstant. libr.* XXIX. *tit.* I. p. 622. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXIX *tit.* I. *quaest.* 9. AVG. LEYSERVS. *spec.* CCCLXVII. *med.* 6. FRID. CHRIST. HARPRECHTVS, *diss. de admixtione personae extraneae in dispositione parentum inter liberos*, §. LVI. ac Io. FRID. EISENHARDVS, in *den Rechtshaendeln, Theil* VII *num.* 12. p. 339. Agmen eorum, qui nostram fouent sententiam, ducit Io. BRVNNEMANNVS, *comm. ad cod. Iustinianeum, libr.* III. *tit.* XXVIII. p. 267. eique recentiore aetate accesserunt Io. BALTH. WERNHERVS, *part.* I. *obs.* 239. Io. FLOR. RIVINVS, *diss. de testamento parentum inter liberos coram duobus testibus respectu extraneae personae inualido*, Lipsiae CIↃIↃCCXXVI. IVST. HENNING. BOEHMER, *de codicillis absque testibus validis*, *cap.* II. §. 14. FRID. ES. DE PVFENDORF, *obs. iur. vniu. tom.* II. p. 125. sqq. atque auctores *der Meditationen über verschiedener Rechtsmaterien, tom.* IV. p. 34.

§. XXXVI.

Digitized by Google

§. XXXVI.

Rusticorum priuilegio, coram quinque testibus testandi, fruuntur nobiles aeque ac ii, qui sacris sunt praefecti, quum in pagis testamentum faciunt; vbi vero rusticus illud negotium suscipit in vrbe, siue id fiat in ipsa vrbe; siue in suburbiis, modo testari debet ordinario.

Omnes hae propositiones consectaria sunt, ducta ex *L.* 31. *C. de testamentis* quumque solum ibi numerus testium diminuitur hisque ex parte necessitas, testamentum manu sua subsignandi remittitur huiusque rei ratio solum in eo ponitur, quod raro ruri multi inueniantur, qui litterarum sunt periti, merito denegamus vsum priuilegii rustico, in vrbe testanti; sed concedimus eundem etiam iis ruri viuentibus, qui iam dignitate quadam sunt praedicti. Quoniam eadem in lege imperator rusticitati consulendum statuit ac simul respicere videtur ad iuris ignorantiam, qua laborare videtur rusticus, sunt, qui aliud statuunt cum ANTON. PEREZ ad *tit. C. de testam.* atque aliis; sed non solum antiquiores interpretes, BARTOLVS aeque ac IASON; verum etiam PETR. MVLLERVS *ad Struu. tom.* II. *exerc.* XXXII. *thes.* 17. p. 468. ac SAM. STRYCKIVS, *de cautel. test. cap.* XIII. §. IV. sqq. idem tradunt, quod mihi quoque placuit.

§. XXXVII.

Si ciues in pago in morbum incidant, testamentum condere queunt, vt aliis, ruri degentibus, id licet.

1) Satis constat non solum nobiles, ruri habitantes; verum etiam eos, qui sacris sunt praefecti, priuilegio illo, rusticis alioquin tributo, frui, vti BRVNNEMANNVS

ad

ad *L. fin. Cod. de teſtament.* WISSENBACHIVS, *ad eamdem legem* atque alii docent; nonne autem ex eo colligere poſſumus, idem quoque ſtatuendum eſſe de ciuibus in pago in morbum incidentibus? Quum 2) ruſticis priuilegium hoc denegatur, obſeruantibus IAC. ARETINO et BARTOLO. in *L. fin. C. de teſtam.* ſi in vrbe teſtari volunt, habent merito quoque illud ciues, ſi in pago volunt teſtamentum condere. Tandem 3) illud potiſſimum adparet ex *L.* 31. *C. de teſtam.* dum rationem, cur ruſticis, quinque ſolum teſtes adhibere permittat, in eo tantum ponit, quod raro ſeptem inueniantur in pagis litterati homines; iſta tamen penuria eorum in teſtamentis, quae ciues in pago condunt, non minus cogitari poteſt; quam in vltimis voluntatibus ruſticorum. Qui ciuibus priuilegium hoc denegant, id faciunt, quod praeter defectum teſtium, qui ruri ſaepius contingere ſoleat, ſimplicitas ruſticorum eius ſit cauſſa haecque haud tribuenda eſt ciui, licet iam ruri habitant. In his memorandi ſunt IAC. MASCARDVS *de probat. concluſ.* 1359. NIC. REVSNERVS, *de teſtamentis part.* IV. *cap.* 15. ac diſſentiunt FRIDER. PHILIPPI *diſſ. de teſtamentis hominum ruralium*, Lipſiae CIↃIↃCLXXXX. Sed ab his alieni ſunt FRANC. BARRY *de ſucceſſ. libr.* 1. *teſt.* 11. *num.* 9. Io. BRVNNEMANNVS ad *L. fin. C. de teſtam.* Mediam viam ingreditur SAM. STRYCKIVS *de caut. teſtam. cap.* XIII.

§. XXXVIII.

Vbi quis tempore peſtis teſtamentum condere velit ſecundum formam, eiusmodi tempore calamitoſo permiſſam, haud neceſſe eſt, vt vel teſtator ipſe; vel alia eius in aedibus habitans perſona laboret.

In *L.* 8. *C. de teſtamentis*, quae vnicum fundamentum eſt formae, qua teſtamenta tempore peſtis condita, ab

ab aliis sese distinguunt, solum testium ratio habetur. Initio non de ipsa contagione; sed eius timore sermo est ac dein solum necessitas, eos coniunctim adhibendi remittitur ac ratio huius legis haud obscure in eo ponitur, quod eiusmodi tempore non facile tot personae conuenire possint. Hoc quum nec locum habere potest, si quoque testator ipse cum reliquis medium ipsius inquilinis a contagione liber est; neque minus timor contagionis cogitari potest, si quoque ipsa domum testatoris haud adfecerit, merito hanc amplector sententiam, licet alii refragari soleant, cessare tunc rationem legis, si neque testator; neque alia persona, quae cum ipso habitat, iam peste laborat. Mentionem huius quaestionis ideo potissimum facio, quod super ea controuersia fuerit quondam inter iurisconsultos Ienenses aeque ac Lipsienses, quum BERED. CARPZOVIVS *part.* III. *const.* IV. *def.* 4. NIC REVSNERVS. *de testament. part.* IV. *cap.* 17. SIG. FINCKELTHAVSIVS *obs.* 7. sententiae, quam adoptaui, refraganlur; illam autem probant Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 8. *C. de testam.* MATTH. BERLICHIVS, *ad part.* III. *constitut.* IV. CHRIST. PHIL. RICHTER. *ad L.* 8. *C. de testam.* ac GEORG. AD. STRVVIVS *ex.* XXXII. *thes.* 21. Tetigit quoque eamdem quaestionem Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Rom. ex.* XXXVIII. §. 140. sed haud declarat, quae sententia ipsi probabilior videatur.

§. XXXIX.

Si testamentum tempore pestis ita est conditum, vti id *L.* 8. *C. de testamentis* est permissum, in perpetuum hoc durat.

Quum memorata lege haud quidquam sancitum est, quod necessitatem imponit testatori, vltimam suam voluntatem denuo modo ordinario declarandi, si iam malum cessat, vel tempus aliquod est praeteritum: merito

rito quoque ſtatuimus, teſtamentum in perpetuum durare. Qui aliud ctedunt, argumentari ſe poſſe putant a teſtamento militari ad teſtamentum, quod tempore peſtis eſt conditum, quoniam eorum ex ſententia peſtis ſit bellum inter homines et deum ideoque memoranda quoque eſt controuerſia inter iurisconſultos. Quum praeter antiquiores, CORNEVM, RIPAM, BOERIVM, PECKIVM, MOLLERVM, PRVCKMANNVM, MASCARDVM, ROLANDVM A VALLE, BENED. CARPZOVIVS. *part.* III. *conſt* IV. *def.* 4. MATTH. BERLICHIVS. *part.* III, *concluſ.* V. *num.* 32. Io. SCHILTERVS, *ex.* XXXIIX. §. 141. DAV. MEVIVS, *comm. ad ius Lubecenſ. libr.* II. *tit.* I. §. 2. idem docent quod ſtatuo: ei refragantur FRANC. BARRY, *libr.* I. *tit.* II. *num.* 8. PAVL. CHRISTINAEVS, *ad leg. municipales Mechlinenſes, tit.* XVII. *art.* I. *num.* 24. ac praeſertim GEORG. AD. STRVVIVS *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* XXXII. *theſ.* 21. *tom.* II. p. 681.

§. XL.

Dantur codicilli, sine testibus validi.

Videmus id partim ex iis, quos teſtator in praeſentia heredis condit, ex ſententia *L. vlt. C. de fideicomm. hereditate*; partim ex iis, qui teſtamento confirmantur. Etiam in his teſtes haud requiri, liquet ex *L. vlt.* §. *vlt. C. de codicillis*, quum a norma, quae condendis praeſcribitur codicillis, teſtamentarii expreſſe excludantur ac de eiusmodi codicillis, quod partem teſtamentorum faciant, clare eſt cautum; hisce autem opponitur quod 1) iam DIOCLETIANVS *L.* 22. *C. de fideicom.* in quibuslibet codicillis quinque teſtes adhibendos ſtatuerit: idem 2) repetitum ſit a THEODOSIO, *L. vlt.* §. *vlt. C. de*

Digitized by Google

de codicillis *) nec minus a Iuſtiniano confirmatum *L.* 28. §. 1. *D. de teſtam.* ac *L. vlt. C. de codicill.* Iam inter antiquiores iurisconſultos hac de re exſtitit diſſidium, quumque in confirmatis teſtium praeſentiam neceſſa-

*) Numerus quinarius teſtium a Conſtantio introductus eſt, vti clare conſtat ex *L.* 1. *Cod. Theod. de teſtamentis et codicill-s;* idem autem repetitum eſſe a Theodoſio iun. ex *L. vlt. C. de codicillis* non colligi poteſt. Eius quidem verba poſtrema, vti ibi exhibentur, omnino id probant; ſed ſatis conſtat, ea deſiderari in *L.* 7. *cod. Theod. de teſtament. et codicillis*, quae eamdem Theodoſii continet conſtitutionem. Non dubitat itaque IAC. GOTHOFREDVS, vltima haec verba TRIBONIANO tribuere hacque in re ipſum IVST. HENNING. BOEHMERVS ſequitur, *diſſ. de codicillis obsque teſtibus validis, cap.* 1. §. 26. *vol. V. exercitat. ad pandectas*, p. 129. Haud tuto ſemper ad interpolationem Triboniani concludere licet ex diſcrepantia, quae inter vtrumque codicem, nimirum Theodoſianum ac Iuſtinianeum exiſtit in lege quadam, meritoque ſimul ponderare debemus, in noſtris manibus amplius haud eſſe genuinum codicem Theodoſianum, ac vel minimum verba, e quibus, interpolationem huic legi adiectam eſſe, GOTHOFREDVS concludit, prope prodere videntur, Anianum potius delictum hoc loco commiſiſſe, cuius adcuſatur iam Tribonianus, quum haec addit: *Extrema pars legis iſtius pro non habetur ſcripta; vel expoſita, quia nouella lege vacatur.* Omnia haec libere concedo; nihilotamen minus duo ſunt argumenta, quae coniecturam GOTHOFREDI probabilem mihi reddere videntur, quum quilibet videt, eum in finem conſtitutionem illam haud factam fuiſſe, vt definiatur, quaenam ſolemnitas in codicillis ſit obſeruanda ac deinde Triboniano *L.* 1. *Cod. Theod. de teſtam. ac codicillis* prorſus eſt omiſſa; haec autem nihil aliud praecipit, quam quod verbis illis poſtremis *L. vlt. C. de codicillis* proponitur. Omnino itaque veriſimile eſt, illa a manu Triboniani profecta eſſe; vbi autem id concedamus, amplissimum nobis exhibent documentum licentiae, quam ſibi ſumſit Tribonianus in conficiendo codice ac ſimul abunde nos docent, maxima perfecto prouidentia opus eſſe iurisconſulto, vbi legum codicis ſit interpretaturus.

Digitized by Google

ceſſariam eſſe tradunt HIERON. SCHVRPFIVS, *part.* II. *conſ.* 48. THOM. HERBAEVS, *ver. quotid. cap.* 8. illud negant HVGO DONELLVS, *libr.* VII. *commentar. iuris ciuilis cap.* XVII. et CHRISTOPH. BESOLDVS ad *ius prou. Wurtemberg. diſp.* III. *theſ.* 156. Eadem ratione memoranda hac de re lis eſt, recentiori tempore agitata. Quum eamdem opinionem, quam amplexus ſum, IVST. HENNING. BOEHMERVS, diſſ. *de codicillis absque teſtibus validis*, quae Halae CIↃIↃCCVII. lucem adſpexit atque in *tom.* V. *exercitat. ad pandectas*, p. 107. eſt translata, fouet: ei ſeſe oppoſuit EMAN. DVNIVS, *de veteri ac nouo iure codicillorum commentario atque de ſollemni quinque teſtium numero in codicillis vel teſtamento confirmatis aduerſus Iuſt. Henning. Boehmerum*, Rom. CIↃIↃCCLII. GEORG. LVD. BOEHMERVS, *praef. tom.* V. *exercitat. ad pandectas ſupra excitatarum* praemiſſa, patrem ſuum ſtrenue defendit.

§. XLI.

In codicillis mulier testis esse nequit.

1) Vbi teſtes requiruntur ſollemnitatis cauſſa, ibi inter illos mulieres non ſunt admittendae; in quocunque autem negotio plures; quam duo teſtes neceſſe eſt, vt adhibeantur, ei interſunt teſtes ſollemnitatis cauſſa, quod ex eo conſtat, quod ad probandum quid duo teſtes tantum ſint neceſſarii. Non ſolum id iure gentium obtinuit, teſte illuſtri optimi ſeruatoris effato, *Matth.* XVII. v. 17. verum etiam legibus Romanis eſt ſancitum, *L.* 12. *D. et L.* 9. §. 1. *C. de teſtibus.* Quinque autem teſtes in codicillis requiri, liquet ex *L. vlt.* §. *vlt. C. de codicillis.* 2) Vbi teſtes loco claſſium Romanorum ciuium, qui in comitiis comparuerunt, adfuerunt, ibi e ſexu maſculino eligi debuerunt, propterea quod mulier

lier comitiorum non erat capax. 3) Vbi plures; quam duo teſtes requirunt Romani, ibi ſimul ſemper, vt ſint maſculi, poſtulant, *L.* 18. *D. de teſtibus.* 4) Quodcunque de teſtibus teſtamentariis adfirmatur, id quoque de codicillaribus locum habet. 5) Ab omnibus officiis ciuilibus remotae ſunt feminae ex *L.* 2. *D. de R. I.* ad illa autem etiam munus teſtis teſtamentarii eſt referendum, id quod non eſt negandum. 6) Teſtatur id ſcholiaſtes CONSTANT. HARMENOPVLI, *libr.* I. *tit.* 6. Qui contrariam defendunt ſententiam, eam deducendam eſſe putant ex eo, quod initio codicilli non; niſi in epiſtola conſtiterint: neceſſitas, teſtes in iis adhibendi, inuenta fuerit non ſollemnitatis; ſed probationis cauſſa et vt teſtantium ſucceſſiones ſine aliqua captione ſeruentur, ſit cautum *L.* 1. *cod. Theod. de teſt. et cod.* ac vbi teſtes ad quidquam producuntur probandum, mulieres nunquam a teſtimonio eſſent excluſae, ſecundum *L.* 8. *D. ad leg. Iul. maieſtat. L.* 18. *D. de teſtibus*; nec vlla alia ſollemnitas; quam certa ac ſeria voluntas eius, qui codicillos conficit, deſideraretur, *L.* 77. §. 23. *D de leg.* 3. ac §. *fin. I. de codicill.* Diſſentiunt SAM. DE COCCEII, *iur. ciu. controuerſo, libr.* XXIX. *tit.* VII. *quaeſt.* 4 LVD MENCKE, *in gymnaſio iuris polemic. diſp.* XIII. *theſ.* III. p. 192. AVG. LEYSERVS, *med. dig. vol.* VI. p. 862. Io. HENR. BERGERVS *reſol. leg. obſtant. libr.* XXII. *tit.* 5 p. 514. Io. GOTTL. HEINECCIVS *elem. iur. ciuil. ſecund. ord. iuſt. libr.* II. *tit.* XXV. §. 684. et GOTTL. AVG. HEINICHEN, *diſſ. de efficaci mulier. teſtim. in codicillis, tom.* XI. *meditat. Leyſerian.* adiecta, p. 75. Noſtram in ſententiam diſcedunt ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad.* §. 6. *I. de teſtam. ordinandis* BERN. HENR. REINOLDVS, *varior. cap.* 5. *in opuſculis*, p. 73. ac Io. TOB. RICHTERVS *de teſtim. mul. in codicillis iure ciuili inualido*, Lip. MDCCXXXVIII.

§. XLII.

In codicillis etiam legatarii et fideicommissarii testes esse nequeunt.

Concludimus illud partim ex eo, quod ipsis solum interſit, seruare eiusmodi vltimas voluntates, quibus non; nisi legata; vel fideicommissa relinqui possunt, partim ex eo, quod heredibus haud permissum sit, testis officio fungi in testamento atque ea, quae cauta sunt de herede, intuitu testamenti, valeant quoque de legatariis, vbi respicimus codicillos; heredem vero posse esse testem testamentarium, constat ex §. 10. *I. de testam.* Contrarium aduersarii colligunt ex eo, quod legatarius, secundum §. 11. *I. de testam.* testis testamentarius esse potest; neque minus ex *L.* 22. *C. de testam.* ac *L.* 1. §. 1. *D. de testibus* atque generatim regula; quam illa exhibet. Litigatur hac de quaestione inter Bened. Carpzovivm, *part.* II. *decis.* 152. atque Io. Brvnnemannvm, *L.* 20. *D. qui testam. fac. poss.* Quum hic nostrae sauet sententiae, cum ipso faciunt Iac. Mascardvs *de probat. conclus.* cccviii. *num.* 7. Sam. Stryckivs, *vs. mod. tit. dig. de iur. codicillor.* §. 1. ac Car. Ferd. Hommelivs, *rhapsod. obs.* 211. illis vero repugnant praeter Carpzovivm Avg. Leyservs, *spec.* cccLxxviii. *med.* 1. Io. Henr. Bergervs, *oecon. iur. libr.* II. *tit.* IV. *thes.* 36. Dav. Georg. Strvben, *in den rechtlichen Bedencken, tom.* III. *Bed.* 90. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. *med.* 18.

§. XLIII.

In codicillis coeci non octo; sed sex requirun tur testes.

Si

Si vnus teſtis ſolum ob coecitatem teſtatoris reliquis teſtibus teſtamentariis accedere debet in teſtamento: vnus quoque ſufficit, qui reliquis quinque teſtibus adiicitur, quum iam conduntur codicilli. Vbi lex non diſtinguit, 2) nec iurisconſultus diſtinguere debet: ſed inter codicillos haud diſtinguit *L.* 8. §. 3. *C. de teſtamentis* ſed generatim quinque ſolum teſtis requirit. Merito itaque de codicillis coeci illud id ſtatuendum eſt; vbi vero hoc certum, iis; non niſi vnicum teſtem, quoniam eſt coecus, qui illos condidit, addere debemus. Contrarium colligitur ex *L.* 8. *C. qui teſt. fac. poſſ.* quum ea, quae de teſtamento coeci ſunt cauta, in eumdem modum obſeruare iubet, *quamuis non heredes inſtituere; ſed legata ſolum vel fideicommiſſa et in ſumma, quae codicillis habentur, congrua duxerint ordinanda;* neque minus ex lege imperii, *der Notariatsordnung vom J.* 1512. *tit. von Teſtamenten*, §. a IVST. MEIERO, *coll. Argentorat. libr.* XXIX. *tit.* VII. nc BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* VI. *def.* 5. verumtamen iis repugnant SAM. STRYCKIVS *de iure ſenſuum diſſ.* II. *cap.* III. *num.* 23. ac *de cautel. teſtamentor. cap.* IV. §. 14. IVST. HENNING. BOEHMERVS, *de codicillis ſine teſtibus validis, cap.* I. §. 35. in *exercitat. ad pandect. vol.* V. p. 141. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* I. p. 19.

§. XLIV.

Etsi quoque notarius, inscio testatore, adiecerit clausulam codicillarem, valida tamen est.

1) Si quis notario teſtamentum conficere mandat, ſimul mandaſſe videtur, vt more conſueto hoc faciat. 2) Quum ad notarium teſtator confugit eiusque ope vtitur in conſcribendis vltimae voluntatis tabulis, omni

ni meliori modo vt id faciat omnesque clauſulas ſalutares adiiciat, voluiſſe praeſumitur, ex *L.* 31. §. 20. *D de edict. aedilitio*; hoc autem poſito, neceſſe quoque eſt, vt exiſtimemus, eum quoque tacite ſimul clauſulam hanc inſeri voluiſſe. Huic tamen ſententiae opponi ſolet, quod ignorantis voluntas non detur, ſecundum *L.* 20. *D. de aqua et aquae pluu.* ſine voluntate autem teſtatoris teſtamentum mutari nequeat in codicillos, *L.* 1. *D. de iure codicill.* Nobiscum conſentiunt BENED. CARPZOVINS, *libr.* VI *reſponſ.* 7. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. teſtamentor. cap* XIII. §. 18. et *diſſ. de clauſ. codicillari* CCLXII. p. 304. Francof. ad Viadr. CIↃIↃCLXXXXI. ac Io. BRVNNEMANNVS, *ad L. fin. C. de teſtam. num.* 4. *et* 13. ac per id diſcedunt a CHRIST. PHIL. RICHTERO, *part.* I. *deciſ.* 69. ac CHR. BESOLDO *part.* IV. *conſ.* 173.

§. XLV.

Clauſula codicillaris tacite in vltima voluntate non continetur.

1) Si quis teſtamentum condit, de eo eſt praeſumendum, illum recedere voluiſſe ab ordine ſuccedendi ab inteſtato atque heredem ab inteſtato, qua talem, arcere ab hereditate: quo quaeſo itaque pacto praeſuere licet, illum voluiſſe adiicere clauſulam codicillarem, qua heredem ab inteſtato admittit? Clare dein 2) tradit PAPINIANVS, *L.* 41. §. 3. *D. de vulgari et pupillari ſubſtitut.* teſtamentum, iure haud conditum, pro codicillis non eſſe habendum; niſi expreſſum hoc ſit a teſtatore. Confirmat hoc 3) VLPIANVS, *L.* 1. *D. de iure codicillorum*, quum, ſaepiſſime reſcriptum et conſtitutum eſſe, tradit, eum, qui teſtamentum facere opinatus eſt; nec voluit quaſi codicillos id valere, videri nec codicillos feciſſe, praeterea autem ex hac poſitione col-

Digitized by Google

colligit, id, quod in eiusmodi teſtamento ſine iure ſcriptum ſit, nec deberi, licet quaſi in codicillis poterit valere. Idem diſcimus 4) ex *L.* 13. *D. de iure codicillor*, ac *L. fin.* §. 1. *C. de codicillis.* Sententia contraria multos fautores inuenit, ea tamen ratione, vt duas in claſſes merito ſint ſcribendi Nititur illa potiſſimum ſequentibus praeceptis, quod nemo actum fruſtraneum agere velle cenſendus ſit: id, quod interrogatus teſtator reſpondiſſet, pro expreſſo habeatur ac teſtamenta ita ſint capienda, vt teſtatoris voluntas magis ſubſiſtat; quam corruat; praeterea autem prouocant ad id, quod clauſula haec plerisque adiecta ſit teſtamentis atque ad *L.* 3. *D. de militari teſtamento.* Nonnulli vbique clauſulam hanc ſubintelligendam eſſe cenſent, in quibus inter antiquiores memoratu potiſſimum digni ſunt: DIDAC. COVARRVVIAS, ad *cap. Raynaldus*, 18. *X. teſtamentis num.* 15. ſqq. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L. vlt. C. de iure codicillor.* NIC. BOERIVS, *deciſ.* 33. *et* 34. Io. OTTO TABOR, *diſſ. de clauſulit codicillorum theſ.* XVII. Io. THOM. FROELICH, *diſſ. de aequitate tacite ſubintellectae clauſulae codicillaris in teſtamentis.* Argent. CIↃIↃCCXXVII. LVD. GVIL. LILIEN, *de clauſula codicill. in teſtamento expreſſa et praeprim. ſubintellecta*, Erford. CIↃIↃCCXXXVIII. Eis recentiori tempore acceſſerunt CAR. AVG. TITTEL in opuſculo *de clauſula codicillari ſubintellecta* Ien. CIↃIↃCCLVIII. FRANC. ALEF. *diſſ. de otio clauſulae codicillaris*, Heidelberg. CIↃIↃCCL. cuius tamen commentatio litem litterariam, inter Io. BAPT. ANDR. LOHLEINIVM. Bambergenſem, ac MVLLERVM Heidelbergenſem iurisconſultum agitatam procreauit. Ab his diſcrepant alii, qui, quibusdam ſaltem in teſtamentis eam locum habere, cenſent cum BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* 4. *def.* 22. ANTON. FABRO, *in cod. tit. de codicill. libr.* VIII. *def.* 13. CHRIST. PHIL. RICH.

RICHTER, *decis.* LXIII. *num.* 2. atque aliis; noſtram vero ſententiam adprobant Io. BRVNNEMANNVS, *in comment. ad L. vlt. C. de codicill. num.* 15. SAM. STRYCKIVS, *diſſ. de clauſula codicillari*, Francof. ad Viadr. CIↃIↃCLXXXII. et HENR. GVIL. SCHORCHIVS, *diſſ. qua clauſulam codicillarem praeſumtam non dari adſeritur*, Erford. CIↃIↃCCLXIII.

§. XLVI.

Donatio mortis cauſſa qua talis acceptationem requirit.

1) Si verum eſt, differentiam inter legata ac fideicommiſſa haud eſſe ſublatam, vbi ſcilicet formam ſpectamus: neceſſe quoque eſt, vt quoque acceptationem in donatione requiramus hacque illam a legatis diſtinguamus. Clare hoc quoque 2) indicat MARCELLVS, *L.* 38. *D. de mortis cauſſa donat.* quum ait, mortis cauſſa donari, vbi praeſens praeſenti dat. Displicet nihilominus hoc quibusdam iurisconſultis idque potiſſimum ideo, quod ea quoque donatio mortis cauſſa ſuſtineri queat, quae non ſit acceptata: illa vltima ſit voluntas neque acceptationem haud admittere ſoleat: donationes mortis cauſſa ſint aequiparatae legatis atque in his acceptatio penitus ſit ignota; neque minus libris ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, *tom.* VI. p. 242. id ſtatui videatur de donatione mortis cauſſa, atque in his quoque Io. LVD. ERN PVTTMANNO, *progr. de mortis cauſſa donatione, abſente licet et ignorante donatario facta, iure valida*, Lipſiae, CIↃIↃCCLXXXVII. Sed aliud exiſtimant AVG. LEYSERVS, *ſpec.* 438. *med.* 5. Io. AVG. HELLFELDIVS, *iurisprud. forenſ. libr.* XXXIX. *tit* VI, §. 1708. ac CAR. CHRISTOPH. HOFACKERVS, *element. iuris ciuilis*, §. 251.

§. XLVII.

§. XLVII.

Donatio mortis cauſſa, quae a coeco ſuſcipitur, quinque ſolum teſtes requirit.

Concludimus ex eo, quod leges haud diſtinguant, vtrum videre poſſit teſtator; an oculorum vſu ſit priuatus; ſed generatim ſolum requirant quinque teſtium praeſentiam; nec donationis mentio fiat in *L. 8. C. de teſtamentis* quae plures adhibere teſtes coecum iubet, ſi vltimam voluntatem condit. Contrarium colligitur ex eo, quod aequiparata legato eſt donatio ſecundum §. 1. *I. de donat.* ac *L. fin. C. de donat.* nec ſufficiunt in codicillis, quibus legare vult coecus quinque teſtes a Io. HARPRECHTO, *comm. ad inſtit. tit. de donat. §. 1. num.* 55. ac HENR. BOCER *de donat. cap. 5. num.* 6. a quibus diſcedunt SAM. STRYCK *de iure ſeuſuum, diſſ. II. cap. III. num* 33. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol. I. med. V.* p. 30.

§. XLVIII.

Si donatio ea conditione ſuſcipitur, vt donator promittat donatario ſe illam haud reuocaturum eſſe, non est donatio, mortis cauſſa, licet ſub mentione mortis est facta; ſed potius donatio inter viuos.

1) Quaecunque donatio legi Falcidiae haud eſt ſubiecta, illa eſt donatio inter viuos; ſed clare *L. 27. D. de mort. cauſſ. donat.* detractio quartae Falcidiae eſt prohibita, ſi ita donatur, vt nullo modo reuocetur. Si 2) donatio inter virum prohibetur atque vxorem, illa eſt donatio inter viuos. Hoc in dubium vocari nequit, quoniam euidenter hoc tradunt *L. 9. §. 2.* et *L. 10. ſqq. D. de donat. inter vir. et vxorem*: verumtamen ex mo-

do adlegata *L.* 27. *D. de mortis cauſſa donat.* clare conſtat, donationem eiusmodi haud permitti coniugibus, ſi donatarius donationem reuocandi permittit. Vbi 3) voluntas non vsque ad mortem eſt ambulatoria: ibi nec locum habet donatio mortis cauſſa; verum enimuero non adeſt eiusmodi voluntas, vbi donatarius tali modo ſeſe obligat ad ſancte religioſeque ſeruandam donationem hocque modo quidquam ſuscipit, quod omnino naturae vltimarum repugnet voluntatum. Huic ſententiae opponi ſolent quidam loci iuris ciuilis, videlicet *L.* 13. *in fin.* ac *L.* 35. §. 4. *D. de mort. cauſſa donat.* nec *nou.* LXXXVII. et quid mirum itaque, quod duas in ſententias diſtracti fuerint iurisconſulti. ARNOLD. VINNIVS, *ſelect. iuris quaeſt. libr.* II. *cap.* 34. DAVID. MEVIVS, *part.* VI. *dec.* 332. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. ſect.* III. *cap.* 9. §. 10. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, Band.* I. p. 84. illam donationem referunt ad donationes inter viuos; in cenſum earum autem, quae fiunt mortis cauſſa, ſcribunt HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *veſolut. iuris ciuil. libr.* II. *tractat.* II. *quaeſt.* 2. ac WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. practic. libr.* XXXIX. *tit.* VI. §. 1.

MEM-

Digitized by Google

MEMBRVM QVARTVM

DE

MODIS, QVIBVS TESTAMENTA RVMPVNTVR; VEL RESCINDVNTVR.

§. I.

CLAVSVLA derogatoria, testamento inserta, si quoque iureiurando est firmata, frustranea est.

Quum clauſula derogatoria declaratio eſt, qua teſtator facultati, vltimam mutandi voluntatem, renunciat, duplici quidem ratione illa fieri poteſt, prout alter, cuius in fauorem haec renunciatio fit, eam acceptat, vel id haud facit; ſed neutro in caſu quosdam producit effectus. Vbi fit per pactum, illud eſt inualidum, quum omnia pacta ſucceſſoria prohibita eſſe conſtat iure Romano atque pacto corruente etiam corruit insiurandum, quod ei acceſit; neque per illud ſeruari poteſt; eadem autem ratione fruſtra ſine pacto adiicitur. Nam 1) nemo legem ſibi dicere poteſt, a qua non poſſet recedere. 2) Liberrimae dein teſtandi facultati termini poni nequeunt; ſed illud fieret, vbi eiusmodi declaratio vires quasdam haberet. Si 3) codicilli poſteriores valent, quamuis teſtator in confirmatione priorum declarauerit, ſe poſteriores tabulas aliter valere haud velle, quam ſi manu ipſius ſcripti ſint ac ſubſcripti; neque id fecerit teſtator, poſterioresque ab eo haud ſint ſignati; vel ſubſcripti; neceſſe quoque eſt, vt clauſula derogatoria omni careat virtute, licet in poſteriori vltima voluntate ea haud ſit expreſſe ſublata. Quibus

ſen-

ſententia haec displicet, potiſſimum ad ſatis notum praeceptum iuris canonici, *cap.* 28. *X. de iureiur.* reſpiciunt ac ſimul ex *L.* 7. *in fin. D. de legat.* 2. quidquam colligunt, quod ipſis fauere videatur. Diſſentiunt: Io. VOETIVS, *comm. ad dig. tit. de iniuſt. irrito et rupto teſtam.* Io. A SANDE *libr.* VIII. *tit.* 1, *dec.* 10. Io. BRVNNEMANNVS, *comm. ad dig. tit. de leg.* 3. SIMON. VAN LEVWEN, *cenſ. forenſ. libr.* III. *cap.* 11. *num.* 6. CHRIST. BESOLDVS, *conſil. Tub. num.* 42. ac SAM. STRYCK, *de cautel. teſtam. cap.* XXIV. §. 24. ſed recentiores cum WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *coll. theor. pract. tom.* II. *libr.* XXVIII. *tit.* III. et IV. §. 11. id tradunt, quod ego expoſui, ſi quaeſtio iure ex Romano eſt decidenda.

§. II.

Clauſula derogatoria haud reddit testamentum posterius inualidum, siue ea speciatim reuocetur; siue id non fiat.

Prius membrum huius propoſitionis extra omnem dubitationem eſt poſitum; eadem autem ratione poſterius certum eſt. 1) Satis nota eſt regula, valere de parte, quod valeat de toto. Ea quum recte ſeſe habeat, deveritate illius, quod ſtatuimus, nemo dubitabit, quum clauſula derogatoria pars ſit teſtamenti; de teſtamento autem, generatim ſpectato, leges aeque ac iurisconſulti cauent, teſtamentum poſterius per prius rumpi, licet prioris mentio haut ſit facta. 2) Si nemo legem ſibi ita praeſcribere poteſt, vt a priore voluntate ei non recedere liceat, vti conſtat ex *L.* 29. *D. de leg.* 3. merito adfirmandum eſt, teſtatorem quoque per clauſulam derogatoriam non impediri; quo minus teſtamentum aliud condat, quamuis non meminerit eius. Si 3) omnis vi-

tiata

tima voluntas ambulatoria eſt vsque ad vltimum vitae halitum et tolli poteſt per verba pariter ac facta, idem quoque locum habet de ea, qua quis declarat, ſe haud mutaturum eſſe vltimam voluntatem. Aliud ſtatuunt, qui ſpecialem reuocationem clauſulae derogatoriae deſiderant ob *L.* 22. *D. de leg.* 3. ac quoniam teſtamentum poſterius, ſi clauſula derogatoria non ſit reuocata, pro coacto habendum eſſe putant, ANDR. FACHINAEVS, *libr.* IV. *controu. iur. cap.* 92. IAC. MENOCHIVS, *libr.* III. *praeſumt.* 166. Io. A SANDE, *deciſion. libr.* IV. *tit.* I. *definit.* 10. GVID. PAPA, *deciſ.* 127. CHR. BESOLDVS, *part.* II. *conſil* 41. CHRIST. PHIL. RICHTER, *ad L.* 17. *C. de teſtam.* Io. HARPRECHTVS *com. ad §.* 2. *Inſt. quib. mod. teſtament. inſirm. tom.* II. p. 668. et SAM. STRYCKIVS *cautel. teſtam. cap.* XXIV. p. 1088. Nobiscum conſentiunt ANT. FABER, *de error. pragmat. part.* II. *dec.* XXXVII. *error.* 7. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* III. p. 275. BENED. CARPZOVIVS *part.* III. *conſt.* V. *def.* 19. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iur. ciuil. exerc.* XXXII. *theſ.* 38. atque auctores *der Meditat. über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* I. p. 10. *).

§. III.

*) Aduerſariorum ſententia quondam eo potiſſimum nomine ſe commendauit, quod auctoritate dicaſteriorum niteretur et licet ANTON. FABRO ea penitus loco indicato displiceret; haud tamen negare nequit, eamdem adoptatam fuiſſe in ſenatu Pedemontano, *cod. Sabaud. libr.* VI. *tit.* V. *def.* 19. ac ſimiliter teſtatur CHRIST. BESOLDVS, *conſil.* XLII. *num.* 10. ſqq. illam ſolenniter receptam eſſe a iurisconſultis Tubingenſibus ac ab iis decretum eſſe, nullo modo Fabrianam opinionem eſſe attendendam.

Quum ita quaeſtionem decidimus, quae omnino quondam maxime fuit controuerſa, haud quoque intereſſe ſtatuimus, vtrum iure-

§. III.

Si clauſula codicillari munitum est testamentum, ea efficit, vt si quoque testamento filiusfamilias est praeteritus, subsistat atque ea, quae ibi sunt ordinata, ab heredibus ab intestato praestentur tamquam fideicommissa.

Clauſula haec mutat teſtamentum in codicillis, quumque eorum natura heredis inſtitutionem; vel exheredationem haud patiatur ideoque nec eo nomine impugnari poſſunt, quod heres neceſſarius ſit praeteritus; neque illud eiusmodi de teſtamento hoc adfirmari poteſt. Si quis clauſulam adiicit codicillarem, ſimul heredibus ab inteſtato proſpicit ideoque nec furor ei eſt tribuendus, ob quem vel minimum quondam teſtamentum va-

iureiurando clauſulam derogatoriam firmauerit; an id haud fit factum. Si iurisconſulti mediae aetatis, qui ab aliis *canoniſtarum* nomine diſtinguebantur, rationem habebant *cap.* 2. *de pactis* in 6to et vel minimum noſtram regulam falli putabant, quando iusiurandum acceſſerit; verum enimuero reliqui omni tempore aliud ſtatuebant. Neque minus illud iusiurandum eſt acceſſorium actus, quo quis libertali teſtamenti factionis renunciare voluerit. Illum haud quosdam effectus producere potuiſſe, extra omnem dubitationem eſt poſitum ideoque idem quoque valet de acceſſorio. Nemo ſe ipſum ad quidquam obligare poteſt ac ſi hoc quoque ei liceret, ſine dubio is eodem modo mutare poteſt voluntatem ſuam ac ſeſe liberare iureiurando, quod promiſſori alioquin id remittitur ab eo, cui promiſſio iurata eſt facta. Quoniam ne pacto quidem ſecundum ius romanum libertati derogandi vltimam voluntatem renunciare quid poteſt: nec attendi poteſt iusiurandum, ſi tertius extra teſtamentum clauſulam derogatoriam acceptauit. Dr. Dac. Covarruvias, *de teſtament. part.* II. *num.* 9. Ivl. Clarvs, *libr.* III. *ſentent.* V. *teſtam. quaeſt.* 94. Andr. Facinaevs, *libr.* IV. *controverſ. iuris, cap.* 8. Anton. Faber, *part.* II. *de error. pragm. decad.* 39. *error.* 2. ac 10. Harprechtvs, *loc. memor.*

valere haud potuit, quo filius esset praeteritus: cessante vero praesumtione furoris vel dementiae: cessat quoque ratio, cur nec fideicommissa eius, qui filium praeterierat, valere posse veteres crederent quumque hoc eius ob *nouellam* CXV. plane ratio haberi haud potest, eo minus denegandus est effectus clausulae codicillaris, quem ipsi adsignamus. Contrarium colligunt partim ex *L.* 13. *D. de inoff. testam.* secundum quam nec fideicommissa ab intestato data debentur, quum filius sit praeteritus, quasi a demente; partim ex *L.* 2. *D. de legat.* 3. quae ex filio praeterito, licet suus heres erit, fideicommissum relinqui non posse tradit, iurisconsulti magni nominis BENED. CARPZOV, *part.* III. *const.* 9. *def.* 12. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 13. *D. de inofficioso testamento*, *num.* 5. Io. IAC. WISSENBACHIVS, *exerc. ad dig. part.* 1. *disp.* LIX. *nr.* 20. ANDR. FACHINAEVS *libr.* IV. *controu. cap.* 12. CASP. MANZIVS, *de testamentis*, *tit.* X. *quaest.* 24. ac DAV. GEORG. STRVBEN. *in den rechtl. Bedencken*, *tom.* 1. *Bed.* 87. p. 204. Sed iis repugnant GEORG. AD. STRVVIVS, *syntagm. iuris ciuil. tom.* II. *ex.* XXXIX. §. 65. p. 847. HENR. COCCEII, *tom.* II. *consult. ac resp.* 129. IVST. HENNING. BOEHMER, *consult. ac decis. tom.* 1. *part.* 1. *cons.* 646. *tom.* II. *resp.* 758. Io. BALTH. WERNHER, *part.* 1. *obs.* 279. SAM. STRYCKIVS in *vsu mod. digestor. libr.* XXIX. *tit.* VII. §. 12. et 13. atque auctores *der Meditationen, über verschiedene Rechtsmaterien*, *tom.* III. p. 10. sq.

§. IV.

Natiuitate postumi testamentum rumpitur, licet imperfectus sit.

1) Etiam is est postumus, qui, excisо matris vtero, in lucem prodit, ex *L.* 141. *D. de V. S.* postumus autem

tem ordinarie rumpit teſtamentum. 2) Clarius rem exponit VLPIANVS, *L.* 12. *D. de liberis et poſtumis hered. inſtituendis* quum non ſolum eum filium teſtamentum rumpere ſtatuit, qui exſecto ventre editus ſit; ſed idem quoque extenditur ad animal, quod non integrum ac ſolum cum ſpiritu ſit editum; contrarium autem demonſtratur ab aduerſariis, quod partus imperfectus non ſit partus, *L.* 3. *C. de poſtumis hered.* Litigatur hac de quaeſtione inter antiquiores iurisconſultos, qui hac de re diſſentiunt, videlicet MATTH. DE AFFLICTIS, *deciſ.* CCXXXVI. ALPHONS. A CARANZA, *de partu*, *cap.* VI. *num.* 3. ac FRANC. MAYNARDVM, *libr.* V. *deciſ.* 77. Recentiori tempore noſtram ſententiam fouet Io. HENRIC. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtant. libr* XXVIII. *quaeſt.* 2 p. 602. aduerſariam autem SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXVIII. *tit.* III. *et* IV. *quaeſt.* 4. p. 271.

§. V.

Rumpitur agnatione postumi testamentum, siue sit suus; siue emancipatus.

Propoſitio haec a nobis haud formata eſſet; niſi quaeſtionem decideret, quae quondam inter duos iurisconſultos Ienenſes, videlicet GEORG. ADAM. STRVVIVM *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* XXXII. *theſ.* 37. et NIC. CHRIST. LYNCKERVM, *analect. tit. D. de iniuſt. rupto irrito teſtam.* fuit controuerſa. Diſcedimus in STRVVII partes, idque eo maiori iure, quod differentia inter ſuos et emancipatos ratione ſucceſſionis plane ceſſat, LYNCKERVS autem ab eo ideo diſcrepat, quod aequiparatio liberorum ſuorum aeque ac emancipatorum iure nouellarum introducta, ſolummodo ſucceſſionem reſpiciat ab inteſtato.

§. VII.

§. VI.

Si per agnationem postumi rumpitur testamentum, rumpitur in totum; nec debentur legata.

1) PAPINIANVS tradit *L.* 17. *D. de iniusto, rupto, irrito testamento* filio praeterito, qui fuit in patria potestate, neque libertates competere; neque legata praestari; eiusmodi vero cum testamento nullo comparandum est testamentum ruptum. 2) Simili ratione idem ipso de rupto testamento constituit ANTONINVS, *L.* II. *D. de posthumis heredibus*; verum enim vero nihilominus contrarium statuitur ob *authenticam ex caussa C. de liberis praeteritis.* Nobiscum consentiunt AZO, in *summa C. de posthumis hered.* REINH. BACHOVIVS *ad Wesenbec. tit. de iniusto rupto irrito testamento, num.* 6. ac LVDER. MENCKE, *gymnas. polemico iur. disp.* XII. *thes.* 3. his tamen repugnant IASON *ad authent. ex caussa C. de liberis praeterit. num.* 3. ac BENEDICT. CARPZOVIVS *libr.* VI. *resp.* 10. et 11.

§. VII.

Decennium ad reuocationem testamenti, vel coram iudice; vel coram tribus testibus factam, accedere debet; priusquam rumpatur, hocque a tempore confecti testamenti est computandum.

Prius membrum ex *L.* 27. *C. de testament.* tam clare constat, vt nulla egeat disputatione; nihilo tamen minus controuersum est, quod vel minimum colligi potest ex iis, quae contra Io. GVIL. MARCKARDVM *interpret. receptar. iur. ciuil. lectionum, libr.* II. *cap.* I.

protulit HERRM. CANNEGIETER, *obseruat. iur. Rom. libr.* 1. *cap.* v. p. 21. Posterius clare patet partim ex verbis: *post eius confectionem*, quae deprehendimus in *L.* 27. *C. de testament.* neque minus *medio* ex *tempore*, cuius ibi mentio fit; partim ex eo, quod secundum *L.* 6. *cod. Theod. de testam.* quodlibet testamentum irritum esset, quod non praeterlapso decennio, confirmaretur, hocque Iustinianus lege supra memorata mutauit. Qui alterutrum sufficere putant, non minus ad *L.* 27. *C. de testam.* et quidem ad verba: *tunc irritum*, cet. prouocant. Disputant hac de re IVL. CLARVS, *quaest.* 91. et FINCKELTHAVSIVS, *obs.* XCIV. *num.* 16. cum Io. BRVNNEMANNO ad *L.* 27. *C. de test.* ac COTHMANNO, *vol.* I. *cons.* 39. *num.* 241. praeter eos autem SAM. STRVCKIVM, *de cautel. testamentorum cap.* 24. §. 36. ac FRID. BEHMERVM, *iur. controuers. obs.* XXIII. p. 420. inter fautores sententiae nostrae numerare debemus.

§. VIII.

Etiam testamentum corruit nuncupatiuum, si instrumentum, super illo confectum, cancellatum sit a testatore.

Concludimus 1) id ex legibus, quae generatim effectum tribuunt cancellationi testamenti, quod illud corruat; neque distinguunt, num id sit scriptum; an nuncupatiuum, vti constat ex *L.* 15. §. 1. *D. de testamento militis L.* 1. *sqq. D. de his, quae in testamento delentur.* Neque vero minus 2) aliunde id probari potest. Quum obligatio exspirat, vbi instrumentum, quod confectum est eam ad probandam, cancellatur: vel creditori redditur, merito regulam formare debemus, instrumento obligationis a creditore consulto sublato, tolli quoque ip-

ipſam obligationem et per illam nouum argumentum deducimus, quo clara ſit theſis noſtra; prius autem ex *L.* 2. §. 1. *D. de pact.* ac *L.* 24. *D de probationibus* probat AVG. LEYSERVS, *ſpec.* XLII. *med.* 5. *vol.* I. p. 435. Aliud cenſent, quoniam ſcriptura ad eſſentiam teſtamenti referri nequeat, M. ANTON. PEREGRINVS, *libr.* II. *de iure fiſci tit.* IV. *num.* 12. PETR. PECKIVS, *de teſtam. coniug. lib.* I. *cap.* 44. PETR. PANHVSIVS, *de mutat. vlt. voluntat. cap.* 20. *num.* 7. Sed noſtram opinionem adprobant PAVLL. DE CASTRO ad *L. vlt. D. de teſtam.* REINH. BACHOVIVS, ad *Treutler. vol.* II. *diſp.* X. *theſ.* 7. atque ARN. VINNIVS, *ad* §. 2. *I. quibus modis teſtam. infirmant.*

§. IX.

Legatum; vel praelegatum inter liberos factum tacite cancellatione; aut incisione potest adimi.

Quum 1) iurisconſultus ſolum de teſtamento hominis, qui non eſt ſanae mentis, ſtatuit, illud valere, quamuis ſit inciſum, merito adſtruere debemus, teſtamenta eſſe inualida, quae incidantur a teſtatoribus, mentis compotibus, *L. fin. D. de iniuſt. rupto et irrito teſtament.* 2) Teſtamenta parentum inter liberos ſunt teſtamenta, et ideo ſecundum regulam logicorum, ex qua quidquid valet de genere, valere quoque debeat de ſpecie, omne id, quod de teſtamentis, generatim ſpectatis, valet, ad haec teſtamenta eſt adplicandum; verumenimuero *L. fin. D. quae in teſtamento delent. L.* 1. §. 8. *D. ſi tabul. teſt. nullae exſtabunt. L.* 11. §. 10. *D. de bonor. poſſeſſ. ſecundum tabulas. L.* 3. *C. de edicto divi Hadriani tollendo* ac *L.* 12. *C. de teſtament.* generatim tradunt, vltimas voluntates ineiſas haud

valere. Aliud placet ob *authent. hoc inter C. de teſtamentis* ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obſerv.* 112. *num.* 13. Io. FABRO *ad L. ſi vnus C. de teſt. ac* § 7. *I. quib. mod. teſtam. infirmant.* atque aliis; ſed hodie fere omnes iurisconſulti iis repugnant.

§. X.

Testamentum parentum ſollemne prius per testamentum, ab iis postea sine ſollemnitatibus conditum, rumpitur.

1) Lex iurisconſultis ſatis nota eſt, teſtamentum prius per poſteriores tabulas rumpi ſolere, §. 2. *I. quib. mod. teſtam. infirm.* L. 29. *D. ad Sc. Trebell.* L. 97. *D. de adquir. vel omitt. hered.* Illa autem in omnibus illis caſibus locum habere debet, qui non ſunt legibus ſpeciatim excepti. 2) Quodſi patri libertas competit, voluntatem ſuam, quemadmodum hereditas eius ad liberos peruenire debeat, ſine ſollemnitatibus declarandi, merito quoque eam commutare poteſt, quam hac de re antea declarauit. 3) Si militis teſtamentum poſterius militare rumpit eius teſtamentum, antea ſollemniter conditum, idem quoque valere debet de teſtamento patris. Qui ſententiam hanc, iurisconſultis magni nominis cum aliis communem, reiiciunt, id ideo faciunt, quod nemo efficere poſſit; quo minus leges in ipſius valeant teſtamento: ius ſingulare, quod militibus concedat teſtamentum ſollemne prius abolere per imperfectum poſterius, ad liberos non ſit extendendum ac teſtamentum poſterius quoque ſollemne eſſe debeat, quo prius derogare queat. Ita argumentatus eſt ANDR. FLOR. RIVINUS, diſſ. *de teſtamento parentum privilegiato, ſollemne prius conditum non infirmante*, Vitembergae cIↃIↃCXLV.

§. XI.

§. XI.

Quamuis omnibus in casibus, modo memoratis, ruumpatur testamentum; illud tamen haud fit, si testator vltimam voluntatem, iudici oblatam, eiusque sigillo munitam, recipiat.

Si vera sunt, vt sunt, quae *membr.* III. §. 7. p. 295. de modo, quo inuolutum esse debeat testamentum, quod testator recipere velit, protulimus, necessario sequitur, vt iure quoque, quae iam tradimus, queant adfirmari; neque vero minus ex eo id colligimus, quod iure adseruatio testamenti in iudicio haud sit praescripta atque illud robur suum accipiat eius ex insinuatione iudiciali; ea autem semel peracta, testamentum haud desinat esse testamentum iudiciale; etsi quoque illud recipiat testator. Contrarium inprimis colligitur ex *L.* 38. C. *de testamentis* ac inprimis sequentibus eius verbis *) *testamenta omnia ceteraque, quae apud officium*

*) Sub officio census, cuius hac in lege mentio fit, *magistrum census* intelligere debemus, quemadmodum recte animaduertit DION. GOTHOFREDVS ad *hanc legem.* Quum in prouinciis testamenta earum rectoribus atque in municipiis duumuiris una cum principalibus; siue decem primo ex ordine decurionum insinuari solerent, Constantinopoli oblata esse constat magistro census. quemadmodum liquet ex *L.* 30. *et* 32. *C. de donat.* Neque minus hoc adparet ex *Nou.* XXXXIV. *cap.* I. §. 4. Ab ipso hoc magistro differebant adparitores censuales, qui ei erant subiecti ac nomine *censualium* designabantur: eorum tamen merito quoque mentio est facienda, quoniam non minus in insinuationibus testamentorum adhiberentur, CAPITOLINVS huic rei lucem accendit, in *Gordianis*, *cap.* 12. nec minus *Nou.* modo citata testimonium exhibet, quod omnem meretur attentionem; sed lectores merito ablego ad IAC. GVTHERIVM, de

offi-

cenſuale publicari ſolent, in eodem loco reſeruentur; nec vs-quam permittatur fieri vlla translatio: praeſumtione innatae voluntatis, quaeeius ex receptione oriri videaturac L. 35. *D. de R. I.* et quidem a SIGISMVND. FINCKELTHAVSIO, *obs. pract. obs.* XII. §. *vlt.* CASP. MANZIO, *de vltimis voluntatibus, libr.* I. *tit.* II. §. *vlt.* Io. SCHILTERO, *prax. iuris Rom. ex.* XXXVIII. §. 71. Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER *in den Nebenſtunden, Theil.* IV. p. 26. ac RVD. CHRIST. HERNE *diſſ. de teſtamento publico, per repetitionem ab actis; vel ſcriniis principis rupto*, Erfordiae CIↃIↃCCLXVII. Noſtram tuentur ſententiam MATTH. BERLICH, *part.* III. *concluſ.* 4. *num.* 46. CHRIST. PHIL. RICHTER, *deciſ.* LIV. *num* 13. SAM. STRYCK, *de cautel. teſtamentor. cap.* VII. §. 45. GOTTFR. BARTHIVS, *de teſtamento comiti oblato, cap.* VII. AVG. LEYSER, *ſpec.* CCCLIX. *med.* 13. FRID. ES. PVFENDORFIO, *obs. iuris vniuerſi, tom.* III. *obs.* 153. ac CHRIST. VLRIC. GRVPEN *comm de forma conficiendi acta, Hanou.* CIↃIↃCCLIII. Tandem mediam viam ingreſſus eſt Io. ERN. IVST. MVLLERVS, vbi *obs. pract. ad Leyſer, vol.* III, *faſc.* II. p. 288. diſtinguit, vtrum teſtimonium iudicis de inſinuatione teſtamenti facta exhibitum, nomine *des Recognitionsſcheins* notum, redditum ſit; an haud factum; ſed non perſpicere poſſumus, quo iure eius hoc in caſu ratio ſit habenda *).

§. XII.

officiis domus auguſtae libr. III. *cap.* 9. IAC. GOTHOFREDVM ad *L.* 5. *cod. Theod. de ſenator.* ac CHRIST. VLRIC. GRVPEN, *obſervat. de forma conficiendi acta apud Romanos ac de forma teſtamentorum iudicial. et priuat. in ſcriptis obs.* II. p. 104. ſq.

*) Quondam inter dicaſteria iuriſconſultorum Saxonicorum tale fuit diſſidium hac de quaeſtione, vt Lipſienſes iuriſconſulti teſtamentum ſola eius repetitione traderent; ſcabini vero Lipſienſes vnacum iuriſconſultis Vitembergenſibus ac Ienenſibus id negarent horumque ſententia confirmaretur ab electore Saxo-

§. XII.

Neque is, qui testamentum, principi rite oblatum, recipit, per id illud reuocat.

Si omnes sollemnitates remissae sunt in tali testamento: nec custodia eius in scriniis necessaria esse potest, quoniam non minus haec esset sollemnitas; prius autem ex initio *L.* 19. *C. de testamentis* luce clarius adparet. Neque minus idem colligendum est, quod sola oblatio principi facta testamentum hoc reddit validum; illud autem, quod semel est insinuatum principi, manet insinuatum, si quoque iam redditum est testatori. Qui cum PETR. MVLLERO, ad *Struu. tom.* II. *ex.* XXXII. *thes.* 9. p. 641. WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *coll. theor. pract. tom.* II. *libr.* XXVIII. §. 45. p. 796. ac SAM. STRYCKIO, *de cautel. testamentor. cap.* VII. aliud existimant, propterea quod testamentum teste toto iure, quod in scriniis imperatoris est conditum, haud vocari aliter posse credunt; quam si in illis scriniis obseruatur; sed nostram sententiam inprimis semper iurisconsulti defenderunt IENENSES. Factum est iam sententia, *ann.* XIV. superioris seculi lata, teste THOM. MAVLIO, *libr.* I. *de vltima volunt. tit.* III. p. 79. atque idem repetitum anno CIↃIↃCCLXXIV. sententia nomine tribunalis illius splendidissimi Gustrouiensis lata, quae a me *diss. de testament. principi oblato*, *cap.* III. §. IX. *tom.* I. *opuscul.* p. 179. iuris publici est facta. Cum ipsis conspirant MATTH. BERLICHIVS, *part.* III. *conclus.* 4. *nr.* 86. sqq. GOTTFR. BARTHIVS. *diss. de testamento comiti oblato,*

zone, *decis.* XLIV. Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Rom. ex.* XXXVIII. §. 71. *tom.* II. p. 472.

to, cap. VII. §. 4. p. 306. ac Io. OTTO TABOR *diſſ. de teſtam. princ. aut comiti oblato, cap.* V. §. 9.

§. XIII.

Si testamentum est destitutum, in totum corruit ideoque nec legata, in eo relicta, ab herede sunt praestanda, siue sit clausula codicillari munitum; siue non ea adiecta.

1) Si nemo hereditatem ſubit, omnis vis teſtamentorum ſoluitur, *L.* 181. *D. de reg. iuris* 2) Ait IVSTINIANVS, §. 2. *I. quibus mod. teſtam.* patremfamilias inteſtatum mori, ſi deſtitutum eſt teſtamentum. Longe clarius idem 3) conſtat ex *L.* 9. *D. de teſtam. tutela* ac *L.* 17. *D. ſi quis omiſſa cauſſa teſtam.* ac praeſertim illud liquet ex *L.* 2. *C. ſi quis omiſſa ſit cauſſa*, qua legimus: *ſi iure facto teſtamento ac ceſſante herede ſcripto alter ab inteſtato adiit hereditatem neque libertates; neque legata ex teſtamento poſſe praeſtari, manifeſtum eſſe.* Haec quum ita ſe habeant: legatarii profecto nihil poſcere poſſunt, ſi clauſula codicillari teſtamentum haud ſit munitum: neque vero quidquam petere queunt, vbi adiectam videmus hanc clauſulam, quoniam haud ab herede ab inteſtato relicta ſunt legata; ſed ab heredibus teſtamentariis et ſi quoque clauſula hac mutari alioquin ſolent teſtamenta in codicillos, eos non in claſſem codicillorum ab inteſtato ſcribere poſſumus; ſed in teſtamentariorum hique cum ipſis teſtamentis corruere ſolent, *L.* 16. *D. de iure codicillor.* ac *L.* 2. *D. de pecul. leg.* Sententiae huic obiicitur *L.* 16. *D. ad SC. Trebell. L.* 29. *C. de fideic.* ac *Nouell.* 1. *cap.* 1. neque minus *L.* 8. §. 1. *D. de iure codicill.* a fautoribus aduerſariae ſententiae ac nominatim BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* 11. *def.* 21. Io. HENR. BERGER, *oecon. iur. libr.* II. *tit.*

Digitized by Google

tit. IV. §. 21. ac LVD. MENCKE, *in theor. et prax. pandect. libr.* XXVII. *tit.* 3. §. 2. sed nostram defendit CHRIST. GVIL. KARSTNERVS. *de legatis ex testamento cui clausula codicillaris inest instituto non praestandis*, Lipſ. cIↃIↃCCXXXXVI.

§. XIV.

Testamentum, in quo filius exheres scriptus est ex causſa non expreſſa, non est inofficioſum.

Quodcunque testamentum est nullum, illud non est inofficioſum, *L.* 1. *D. de iniusto, rupto testamento*: quodcunque testamentum ita est conscriptum, vt exheredationem quidem, minime autem eius rationem in se contineat, illud est nullum, propterea quod contra formam, iure ciuili praescriptam, est conditum, *Nouell.* CXV. *cap.* 3. §. *vlt.* ideoque etiam de eiusmodi testamento merito negare possumus, illud esse inofficioſum. Animaduerterunt id probe curatiores iurisprudentes, e quibus benitatis causſa solum HENR. HAHNIVM ad *Wesenbecium*, *libr.* V. *tit.* II. §. 7. Io. SCHILTER, *prax. iur. Rom. ex.* XXXVIII. §. 54. SAM. STRYCKIVM, *de caut. test. cap.* 19. §. 44 Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVM, *comp. iur. digestorum*, *libr.* V. *tit.* II. §. 2. ac Io. AVG. HELLFELDIVM, *iurisprudentia forensi*, *libr.* V. *tit.* II. §. 555. p 328. atque auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *vol.* III. p. 18. nominamus; aliud tamen statuunt, quod mirum profecto est dictu, quoniam ante *nouell.* huius promulgationem *nou.* ex. testamentum, quo sine nominatione causſae exheredatio erat suscepta, querela inofficioſi impugnari poterat; neque quidquam inueniatur in memorata nouella, quod hoc iure ius antiquum tolleret: immo ea mentionem faceret

teſtamenti euacuati; ſiue reſciſſi ANDR. FACHINAEVS, *libr.* IV. *controu.* 5. PETR. GVDELINVS, *libr.* II. *de iur. nouiſſimo*, *cap.* 4. ARNOLD. VINNIVS, *libr.* II. *iur. quaeſt. iuris ſelectar. cap.* 21. p. 391. Io. ORTV. WESTENBERGIVS *princ. iuris digeſtor. libr.* V. *tit.* II. § 41. p. 159. et Io. GOTTL. HEINECCIVS, *elem. iuris ciuilis*, *libr.* II. *tit.* XVIII. p. 582. Copioſius id, quod tradidimus, exponit SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* V. *tit.* II. p. 409.

§. XV.

Turpis perſona etiam fratri germano praelata esse debet in testamento, quod pro inofficioſo sit habendum.

1) Clare hoc tradit IVSTINIANVS, *§. I. de inoff. teſtam.* quumque ſub ſorore aeque ac fratribus ante omnes germani ſunt intelligendi; neque aliud tradit eius interpres THEOPHILVS: immo nec ſeſe refert ad ſacras conſtitutiones, licet earum meminerit IVSTINIANVS, quod contra WATERVM notes, *libr.* I. *obſ. cap.* 12. merito ad hunc locum prouoco. 2) Conſtantinus M. *L.* 3. *cod. Theod. de inoff. teſtam. germanorum* claris verbis facit mentionem atque querelam iis contra eos tantum heredes tribuit, qui turpes perſonae ſunt; neque quidquam aliud Iuſtinianus *L.* 27. *C. de inoff. teſtamento* introduxit, quum ſub conſanguineis non ſolum eos, qui ab vno patre cum diuerſis matribus eſſent procreati; ſed etiam eos intelligeret, qui ſunt germani. Concludimus hoc cum DIONYS. GOTHOFREDO non ſolum ex eo, quod generatim, obſeruante IVSTINIANO §. 1. *I de legitima agnatorum ſucceſſione, fratres ex eodem patre nati agnati ſibi ſunt ac conſanguinei vocantur;* ſed etiam ex eo, quod ger-

germanorum ſpeciatim mentio haud fiat; reuera tamen a conſanguineis valeat conſequentia ad germanos et quod de iſtis valeat, merito quoque ad germanos ſit adplicandum, quum aetate illa, qua lex Conſtantini ſit lata: immo eo tempore, quo interpolata eſt a Triboniano vnius gradus eſſent germani aeque ac conſanguinei. Conſtat hoc ex ſupra memorato recitato loco inſtitutionum, quo verbis modo recitatis adiicitur: *nec requiritur* *), *an etiam eamdem habuerint matrem*: nihilominus tamen quidam exſtiterunt, qui ex eo, quod vterinorum ſaltim et conſanguineorum mentio fieret ſilentioque germani praetermitterentur; neque minus ideo, quod ex *L.* 1. *D. de inoff. teſtamento* ac *L.* 21. *Cod. de inoff te-ment.* colligi putant, iure antiquiori licuiſſe fratribus aeque ac ſororibus, omni delectu ac discrimine remoto, que-

*) Quatenus *L.* 27. *C. de inofficioſo teſtamento* vel per *L. vlt. C. de legitimis heredibus*; vel per *Nou.* CXVIII. *cap.* 4. derogetur, iurisconſulti haud conueniunt. Ante omnia id de priori lege, videlicet *L. vlt. C. de legitimis heredibus* non concedit Io. Lvd. Ern. Pvttmannvs, *vindiciis d. ſſ. de querela inofficioſi teſtamenti fratribus vterinis haud concedenda*; neque ego illud credo; tantum tamen abeſt, vt hac in re ad rationes reſpiciam adlatas; vt potius ipſi plane alia adſentiam ex ratione. Ideo Pvttmannvs negat, derogari *L.* 27 *C. de inoff. teſtament.* quod ſit interpolata a Triboniano. Vt id probet, prouocat ad *L.* 1. *et* 3. *C. de inoff. teſtamento* ac coniicit, duas has leges in vnam eſſe conflatas. Id quoque opinatus eſt Iac. Gothofredvs, *not. ad L.* 1. *cod. Theod. de inofficioſ. teſtam.* nec improbabile eſt, quoniam haec integras periodos complectitur, quarum aliae ſunt ſumtae ex *L.* 1. aliae vero ex *L.* 3. *cod. Theod. de inofficios. teſtamento* atque iſta interpolatio communem meretur attentionem, quod neque in ſubſcriptione, neque in inſcriptione conueniant duae hae leges codicis Theodoſiani atque vna ſcripta eſt ad *Lucrium Verinum* ac data *id. April. Sirmio Conſtantino A. V. et Licinio Caeſ. Coſſ.* altera autem ſcripta

querelam inſtituere, ſiue ſint ipſis praelatae turpes perſonae, ſiue honeſtae, aliam discederent in ſententiam ac

do

pta *ad concilium Biſazinorum* ac data *Kalend. Aug. Coloniae Agrippinae, Pacatiano et Hilariano Coſſ.* Retinuit TRIBONIANVS propemodum priorem inſcriptionem aeque ac ſubſcriptionem ac ſolum in iſta *Lucrium*, quod ſine dubio quoque erroneum fuit, mutauit in *Aul. Verinum* ac ſubſtituit in hac in locum *menſis Aprilis menſem Auguſtum.* Cur id ſibi permiſerit, prorſus perſpicere nequeo hocque loco illud ſolum animaduerto, vt eo magis conſtet, quanam libertate vſus ſit in formandis inſcriptionibus ac ſubſcriptionibus et quanam cautione opus ſit iuris interpretibus, qui innumeras fere concluſiuncu-las facere ſolent ex iisdem; neque recordamur, illas forſan natas eſſe cerebro Triboniani. Etſi vero omnia haec libens concedam PVTTMANNO; omni tamen tempore aetatem huius legis haud dimetiendam puto a tempore, quo interpolatio haec facta; ſiue codicis repetitae praelectionis promulgatio ſit ſuscepta; ſed potius eo ab momento, quo ſit a Conſtantino condita. Si hoc haud vellemus ſtatuere: ſequeretur diſtinctionem faciendam eſſe inter leges codicis interpolatas atque eas, quae non ſunt interpolatae iſtasque omni diſcrimine ac delectu earum in conſtitutionum cenſum ſcribendas, quae Iuſtiniani aetate adparuerunt. Id profecto nemini interpretum adhuc in mentem venit et ſi quoque eiusmodi praeceptum de hac vel illa lege valeret, ſi clare liqueret, illam alius ſub imperatoris nomine a Triboniano formatam: profecto illud noſtra in lege obtinere nequit, quum vtraque lex, ex qua noſtra eſt nata, Conſtantino tribuitur codice Theodoſiano et ſi quasdam excipiamus voculas, fere omnia ex duabus illis legibus ſunt ſumtae: vel minimum prius illud conſtitutionis noſtrae caput, quod noſtram quaeſtionem tangit, delibatum eſſe conſtat ex L. 1. *cod. Theod. de inoffic. teſtamento* atque ipſa illius verba hac de re noſtram in legem ſunt translata. Neque vero ego discedo in ſententiam CAR. FRIED. PAELICKE, dum *diſſ. de erroribus quibusdam circa querelam inoff. teſtament.* Helmſtadii, MDCCXXXIII. putat, omnino derogatam eſſe memoratam *L. 27. C. de teſtam.* per *L. vlt. C. de leg. haered.* quod ſit lex poſterior; ſed ne ſyllabam quidem in hac deprehendo, quae repug-

docerent, germanorum querelam admittendam esse, si quoque turpis persona haud esset praelata *). Io. Frid. Hertivs, diss. *de fratris germani querela inofficiosi aduersus quoscunque*, cIↃIↃCCV. et Io. van de Water *libr.* I. *obs.* *cap.* 12. contrariam fouent sententiam; sed notati sunt a Ivst. Henning. Boehmero, *de querel. inoff. fratr. consanguin. tom.* II. *exercitat.* XXXVII. p. 802.

§. XVI.

pugnet *L.* 27. *C. de testamento* hocque nomine hanc per illam tolli nego. Si quoque ibi Ivstinianvs rationibus fratrum ac sororum optime consulere studuit: querelae tamen inofficiosi haud meminit atque a successione ad querelam inofficiosi nullo modo concludendum est, quemadmodum ex *L.* 13. §. 2. *D. de inoff. testam.* ac *L. pen.* §. 1. *C. de adoption.* clare constat, ac copiosius monstratum a Petr. Fabro, *comm. ad tit. dig. de div. reg. iuris*, p. 48. ac Io. Gvil. Marbart, *interpret. recept. iuris ciuil. lect. libr.* II. *cap.* 24. Idem vero valet quoque de *Nou.* CXVIII. *cap.* 4. Neque ibi quidquam traditur, quod supra memoratae *L.* 27. *C. de testam.* repugnaret, vti V. C. Puttmannvs copiosius monstrauit.

*) Si consideramus, quae alioquin differentia sit inter germanos aeque ac consanguineos, vti constat ex *L.* 1. §. 9. *L.* 2. *pr. D. de suis et legit. heredibus* ac *L.* 1. §. *pen. L.* 6. §. 1. ac *L.* 7. *D. ad SC. Tertullian.* nobis mirum profecto non est, vbi quis credit, consulto Tribonianum voluisse discedere a Constantino, quum voculam: *germanos* in *L.* 1. *cod. Theod. de inoff. testamento* deleret eiusque in locum substitueret vocabulum: *consanguineos*. Sed omnino mihi est probabile, quod quoque coniicit Iac. Gothofredvs *comm. ad L.* 1. *cod. Theod. de inofficios. testamento*, Constantinvm magnum ipsum sub germanis haud solum intellexisse eos fratres, qui ab vtroque parente communi sunt nati. Vt dictis fidem faciam, prouocare haud audeo ad id, quod Servivs *ad Virgil. aeneid. libr.* V. v. 412. notat. Licet fateatur, secundum multorum sententiam germanos eos esse, qui de eodem sunt germine, ipse concedit, ab his alios discedere; sed prouoco potius ad *L.* 2. *cod. Theod.* de

§. XVI.

Testamentum, in quo infamis perſona fratri non minus infami praefertur, non est inofficioſum.

a) Vitae genus, quod quis gerit, alteri eum non reprobare poſſe, certum eſt ac conſtat ex *L.* 11. *C. de inoff. teſtam.* ac *L.* 47. *D. ſolut. matr.* Quum 2) *L.* 11. *C. de inoff. teſtam.* tum demum patri permittatur, priuare hereditate filium infamem, ſi ipſe infamis haud ſit, me-

de apoſtat. quae quoque ſub germanis fratribus omnes, qui vno ab patre ſunt procreati, intelliguntur, vti ex tota conſtat orationis patet ſtructura, quum legitima eorum de ſucceſſione eſt ſermo atque vel minimum eo tempore, quo vixerunt imperatores, qui hanc legem condiderunt, videlicet GRATIANVS, VALENTINIANVS ac THEODOSIVS conſanguinei ac germani in ſpecie tales prorſus aequales fuerunt. Idem quoque, vti cuilibet conſtat, obtinuit tempore CONSTANTINI, quumque ratio, cur auguſtus illis querelam inofficioſi tribueret, in *agnatione* poneret hancque ob cauſſam iam dudum loquendi formula: *adgnationis durante* attentionem excitaret WATERI, *libr.* I. *obſervat. cap.* 12. haud obſcure nobis ſignificat, quam notionem vocabulo germanorum ſubiiceret, ſi quidem agnatio inter conſanguineos non minus, quam germanos obtinet. Notatu dein dignum eſt, bene iam perſpexiſſe illam ANIANVM, qui interpretationibus codicem Theodoſianum locupletauit. Non ſine ratione monet, *omnes eos, qui vno patre nati ſunt*, germanos eſſe: hoc vero poſito, profecto TRIBONIANVS mentem Conſtantini omnino adſequutus eſt, vbi conſanguineorum nomen in locum germanorum ſubſtitueret, quum probe gnarus eſſet, quid ordinarie hoc vocabulum denotaret ideoque magis ſolum legem illuſtrare voluit, quam mutare, vbi iam in locum germanorum conſanguineos ſubſtitueret. Ceterum de vtr vocabuli *germanus* euoluendi ſunt IAC. CVIACIVS, *libr.* XX. *obſervat. iur. atque emendationum*, *cap.* 26. IAC. RVTGERSIVS, *libr.* I. *var. lectionum*, *cap.* 6. atque alii.

merito ita quoque ratiocinamur in teſtamento, quod frater teſtatoris tanquam inofficioſum declarare vult. Ita ſtatuunt Io BRVNNEMANNVS, ad *L.* 11, *C. de inoff. teſtamento*: SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* v. *tit.* 11. *quaeſt.* 12. Io. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* v. *tit.* 11. *quaeſt.* 1. p. 351. atque aliii. Quoniam *L.* 27. *C. de inoff. teſtam.* ac *Nou.* XXII. *cap.* 47. haud diſtinguitur, virum frater, cui infamia praefertur, perſona ſit honeſta; an aeque infamia laboret, alienam noſtra a ſententia GEORG. ADAM. STRVVIVS, *exerc.* X. *theſ.* XXII. exſtitit.

§. XVII.

Si frater inſtituit querelam inofficiosi tendit illa ad reſcindendum totum teſtamentum; neque infirmat ſolum heredis inſtitutionem; verum etiam legata.

1) Antiquiori tempore omni tempore id efficiebat querela, ſiue inſtituerentur a fratribus; ſiue a liberis; vel parentibus. Qui conſiderat curam veterum, qua proſequerentur, ne quis unquam ex parte decedo et teſtatus atque ex parte inteſtatus: qui recordatur, iſtis temporibus legata nonnisi teſtamentis potuiſſe relinqui haecque vim ac robur primum accepiſſe a heredis inſtitutione; ille iam nobis adſentietur; verum tamen idem quoque adfirmant *L.* 8. §. 16. et *L.* 28. *D. de inoff. teſtamento*. 2) Valuit id hanc ob cauſſam de querelis, a fratribus inſtitutis, teſte *L.* 13. *D. de inoff. teſtam.* *Nouella* vero CXV. quum legata in teſtamentis inofficioſis firma manere iubet, eorum tantum meminit, quae a liberis; aut parentibus ſunt relicta, atque ea ratione tantum intuitu eorum antiquum ius mutat.

Non

Non poſſumus itaque; quin ex eo cum multis aliis colligamus, de teſtamentis fratrum inofficioſis id adhuc valere, quod olim obtinuit; neque legata in iis valide poſſe relinqui. Aliud exiſtimant, quoniam legata ſecundum *nou.* CXV. ſolum maneant, ſi querela inofficioſi reſcindantur teſtamenta liberorum ac parentum atque idem ob analogiam iuris locum habere putant de teſtamentis fratrum, quum illi tam arcto vinculo haud inter ſe ligati ſunt, quod exſtat inter liberos ac parentes GEORG. FRANZKIVS, *comm. ad dig. tit. de inoff. teſtam. num.* 84. ANDR. FACHINAEVS, *controu. iur. libr.* IV. *cap.* 91. SAM. COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* V. *tit.* II. *qu.* II. p. 415. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* XCIII. *cor.* I. Sed noſtrae accedunt ſententiae WOLFG. AD. LAVTERBACH, *de ſingul. fratr. iure membr.* II. §. 21. M. ANTON. PEREGRINVS, *de fideicom. art.* XXXVI. *nr.* 48. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 113. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* II. *med.* LXXX. p. 129.

§. XVIII.

Si testamentum totum tanquam inofficioſum est reſcissum; illud non ſolum ei, qui querelam instituit; sed omnibus quoque reliquis coheredibus ab intestato prodest, vt quoque ex his ii, qui querelam instituere haud potuerunt, ad successionem vocentur.

Quum hoc loco ſolum eo de caſu loquor, quo is, qui querelam inofficioſi inſtituit, totum reſcindit teſtamentum: 1) haud obſcure ſignifico, id, quod tradidi, non obtinere, ſi quis tantum illud quoad portionem ſuam hereditariam, ab inteſtato debitam, reſcindat; ſed manere teſtamentum quoad reliquam hereditatem, aliis debi-

debitam. Clare hoc conſtat ex eo, quod inofficioſo teſtamento quisquam pro parte teſtatus ac pro parte inteſtatus decedere queat, ſecundum *L.* 15 et 17. *D. de inoff. teſtam.* Id copioſius demonſtrarunt LVCAS VAN DE POLL, *de exheredat. ac praeteritione, cap.* 81. GERH. NOODTIVS, *comm. ad tit. de inoff. teſtam.* p. 164. ac Io. CHRIST. KOCHIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, p. 192. nec mihi notum eſt, vnquam hac de re inter iurisconſultos fuiſſe diſſidium; verumenimuero ea de quaeſtione, quid obtineat, ſi totum impugnatum eſt teſtamentum, in diuerſas diſtracti ſunt prudentes ſententias. Ea, quam amplexus ſum, nititur pluribus argumentis. Clare 1) ſtatuitur *L.* 6. § 1. *D. de inofficioſo teſtamento*, ei, qui querelam inofficioſi inſtituit atque obtinuit, ſi inter illos ſit referendus, qui ad ſucceſſionem ab inteſtato non admittuntur, haud prodeſſe victoriam; ſed his, qui habent ab inteſtato ſucceſſionem eiusque rei ratio in eo ponitur, quod hoc inteſtatum patrem familias reddat. Cum VLPIANO, auctore huius legis, 2) conuenit PAVLLVS, *L.* 17. *D de inofficioſo teſtamento*, ſi quidem diſtinguit, vtrum quisquam repudiandi animo haud veniat ad accuſationem inofficioſi; an hoc conſilio illam inſtituere haud neglexerit ac ſolum ſi prius euenit, negat, partem facere his, qui eamdem querelam mouerunt. Profecto quilibet heres ab inteſtato partem facit, vbi quidem haud querelam inſtituit; ſed animum, hereditatem repudiandi, non habuit. Simili ratione 3) idem iurisconſultus *L.* 19. *D. de inoff. teſtam.* filiae praeteritae, quae querelam inofficioſi inſtituit, vbi obtinuit, id ſolum dignat, quod habitura fuiſſet, ſi mater ab inteſtato deceſſerit. 4) Querela inofficioſi nihil aliud efficit; quam quod reſcindatur ac iam locum inueniat ſucceſſio ab inteſtato; vbi vero hoc certum eſt, ii vocantur ad hereditatem, qui ius habent

ab inteſtato ſuccedendi. Contrarium a quibusdam partim ob ſatis notos effectus rei iudicatae, quae ordinarie ſolum victori prodeſſe ſoleat; neque tertio; partim quod imperator *Nou.* CXV. *cap.* 3. haud noluerit teſtamentum in totum reſcindi, adfirmatur atque inter hos numeramus VIGLIVM ZVICHEM *ad pr I. de inoff. teſtam.* GEORG. AD. STRVVIVM, *ſyntagm. iuris ciuil. tom.* I. *ex.* X. *theſ.* 24. p. 623. Io. VOETIVM, *ad tit. dig de inoff. teſtamento*, §. 11. ac GERH. NOODTIVM, *commentar. ad tit. dig. de inoff. teſtam. tom.* II. *oper.* p. 164. ſed maior eſt numerus eorum qui mecum conuenium. Inter eos notatu ſunt digni REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. diſp.* XIII. *theſ.* 4 SAM DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* V. *tit.* II. *quaeſt* 15. ARNOLD. VINNIVS, *comm. ad inſtitut. libr.* II. *tit.* XVIII. §. 1. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. loc. laud.* WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS *coll. theor. pract. libr.* V. *tit.* II. §. 21. SAM. STRYCK *de ſucceſſ. ab inteſtato diſſ.* I. *cap.* I. §. 25. Io. BALTH. DE WERNHER, *ſelect. obs. for. tom.* I. *part.* I. *obs.* 270. FERD. AVG. HOMMELIVS, *diſſ. de victoria querelae inofficioſi tertio proficua*, Halae, cIↃIↃCCXIX. Io. HARTWIG. REVTER, *diſſ. de effectu querelae inofficioſi teſtamenti iuxta ordinem edicti ſucceſſorii inſtitutae intuitu non querentis*, Halae, cIↃIↃCCXXXIX. FRID. ES. PVFENDORF, *obs. iur. vniuerſi*, *tom.* II. *obs.* IX. p. 59. et Io. CHRIST. KOCH, *in ſucceſſione ab inteſtato ciuili*, p. 187. ſqq.

§. XIX.

Etsi denegari nequeat fratribus vel ſororibus conſanguineis querela inofficiosi; ea tamen haud competit fratribus; vel ſororibus vterinis.

Dupli-

Duplicem propoſitionem iam profero. Quum vtraque clare conſtat ex *L.* 27. *C. de teſtamentis*: prior haud lata illa ex notione poteſt impugnari, quam TRIBONIANVS vocabulo *conſanguineorum* ſubiecit. Licet ipſe paullo ante animaduerterim, hoc loco ipſos germanos ſub illis comprehendiſſe; nemo tamen arbitrari debet, per id excluſos eſſe, qui ab vno quidem patre; diuerſis tamen matribus eſſent procreati Quoniam vterinis opponuntur ac non minus ii, qui vnum habent patrem, hoc nomine deſignantur: immo quondam hi antiquiore aetate, vti conſtat, aequiparati eſſent penitus germanis, merito concludimus, ſub conſanguineis omnes illos eſſe intelligendos, qui vno patre eſſent nati, ſiue iam procreati eſſent ab vna; ſiue diuerſis a matribus. Clare hoc dicit CAIVS, *libr.* II. *tit.* VIII. §. 3. in *iurisprudentia Anteiuſtinianea* ANT. SCHVLTINGII, p. 137. neque vllo modo concedere poſſumus, ANIANO. quae hoc loco proferuntur, eſſe tribuenda, quum eundem locum exhibeta *collatio legum Romanarum et Moſaicarum, tit.* XVI. §. 11. et quidem eo modo, quo illum reliquit Caius noſter; cum ipſo vero conueniunt IVSTINIANVS, §. 1. *I. de legit. agnator. tutela* ac THEOPHILVS, *eod. tit. I.* 2. Conſpirant quoque mecum plerique iurisconſultorum, e quibus breuitatis cauſſa GEORG. AD. STRVVIVM, *ſyntagm. iuris ciuil. tom.* 1. *ex.* X. *theſ.* XVIII. ac IVST. HENNING. BOEHMERVM *diſſ. ſupra memorata* nomino. Poſterior propoſitio quibusdam displicet atque argumenta, quae contra illam proferunt, ex eo potiſſimum petere ſolent, quod *L.* 27. *C. de inoff. teſtam.* derogatam eſſe opinantur *Nou.* CXXVII. *cap.* 4. ac ſimul ſupponunt, quaeſtionem, quis admittendus ſit ad querelam inofficioſi, ex ordine edicti ſucceſſorii eſſe decidendam hocque modo opinionem ſuam corroborandam eſſe cenſent. Inter aduerſarios iam locum tenuerunt Azo, ad *tit. C.*

de inoff. teſt. ac FRANC. HOTTOMANNVS *diſp. de quanta legitimar. cap.* 2. *ſ.* 13. Eorum caſtra quoque ſequutus eſt IVST. HENN. BOEHMERVS, *de querela inoff. fratr. conſanguineor.* §. XXVII. Recentiori tempore eandem, quam foueo, amplexus eſt ſententiam Io. LVD. ERN. PVTTMANNVS, *diſſ. de querela inofficioſi teſtamenti fratribus vterinis haud concedenda*, Lipſiae CIↃIↃCCLXI. Ei repugnauit Io. VINC. TRVMMERVS, *diſſ. de querela inofficioſi teſtamenti, fratribus vterinis haud deneganda*, Erlangae, CIↃIↃCCLXXIV. ſed cauſſam ipſius egit HERM. LORENZ, *diſſ. vtrum Nou.* 118. *cap.* 4. *legi* 27. *C. de inoff. teſtamento abroget fratribusque vterinis turpi herede ſcripto legitima relinquenda ſit; nec ne?* Gottingae, CIↃIↃCCLXXXIV. neque minus ipſe PVTTMANNVS opinionem ſuam defendit *progr. quod vindicios diſſertationes adlegatae continuit, Lipſiae*, CIↃIↃCCLXXXV.

§. XX.

Si quis rem, quam iam vni legauit, alteri legat, priori per id legatum adimitur.

Per eiusmodi legatum res vni legata, in alterum transfertur hocque modo priori adimitur, vti partim ex *L. 6. D. de adimend. legatis*; partim ex §. 1. *I. de adem. legator.* conſtat; idem autem liquet ex praecepto VALENTIS, *L.* 89. *D. de condit. et demonſtrat.* poſterius legatum antecedere priori; neque intereſſe, vtrum vnum eorum pure; an conditione ſit relictum. Contrarium colligitur ex eo, quod PAVLLVS rem ita duobus legatam vtrique tribuere videatur *L.* 33. *D. de leg.* 1. ac auctori *L.* 7. *D. de adimend. vel transferendis legat.* non plane receſſum videatur a primo legato, ſi alii legatur ſub conditione, quod alii pure datum eſt; neque minus ex §. 8. *I. de leg.* ac *L.* 15. *pr. D. de hered. inſtituendis* atque

Digitized by Google

que *L.* 142. *D. de V. S.* a BARTOLO ad *L.* 89. *D. de leg.* 3. ac FRANC. MANTICA *de coniect. vltimar. voluntat. libr.* XII. *tit.* 14. veruntamen ab iis discedunt ANDR. FACHINAEVS, *libr.* V. *controu. iur. cap.* 52. IAC. MENOCHIVS *de praesumt. cap.* 11. *libr.* IV. *praes.* 175. SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* XXXIV. *tit.* IV. *quaest.* 6.

§. XXI.

Si quis legatum legatario adimere velit, quibuscumque modis voluntatem suam declarare potest; neque opus est, vt id coram quinque significet testibus; sed sufficiunt quoque duo testes.

1) In *L.* 3. *§. fin. D. de adim. vel transfer. legatis* clare sancitum est, legatum adimi posse nuda voluntate et cum hac conueniunt *L.* 18. *D. de leg.* 3. *L.* 9 *D. de his, quae vt indign.* ac *L.* 27. *C. de fideicommissis.* 2) Iura haud requirunt sollemnitatis caussa praesentiam quorundam testium in ademtione legatorum; vbi vero haud eum in finem testes requiruntur; sed potius ad probandam veritatem, non opus est pluribus testibus; quam duobus, secundum *L.* 12. *D. de testibus.* Contrarium adfirmari solet partim ob regulam illam, quam *L.* 35. *D. de reg. iuris* exhibet, quod nihil tam naturale sit; quam eo genere quidquam dissoluere, quo colligatum est; partim quod *L.* 14. §. 1. *D. de adimend. vel transfer. leg.* iis ex caussis inefficacem ademtionem legati fieri adfirmatur, ex quibus eius datio inutilis reddatur. Inter illos, qui hoc existimant, sunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* IV. *def.* 31. GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* XXXV. §. 81. ac Io. HENR. BERGERVS, *oeconom. iuris, libr.* II. *tit.* IV. §. 30. Sed nostram tuentur sententiam MATTH. WESENBECIVS *ad dig. tit. de adim. vel*

transferend. leg. num. 3. SAM STRYCKIVS *de cautel. teſtam. cap.* XXIII. §. 30. Io. BALTH. WERNHER, *part.* I. *obſ.* 30. FRID. ES. PVFENDORFIVS *tom.* II. *obſ.* 216. ac Io. FRID. EISENHARTVS *in den Erzehlungen von beſondern Rechtshaendeln, Theil* VIII. nr. 5. p. 127.

MEMBRVM QVINTVM

DE

SVCCESSIONE AB INTESTATO.

---

§. I.

Qvi ab intestato successionem locum habere adserit, probare hoc non debet.

1) Qui id adſerit, reuera propoſitionem, vti aiunt, negatiuam, quod defunctus teſtamentum haud reliquerit, format; negatiuae autem non opus eſt probatione. 2) Leges ſucceſſionis ordinem definientes, inter dispoſitiuas locum ſibi vindicant; eas autem tamdiu ſequi debemus, quamdiu nondum ſit conſtitutum, iis pactis aliaue diſpoſitione derogari. 3) Teſtamentum facti eſt, ideoque non praeſumitur; propoſitioni vero huic opponi ſolet *L. 9. C. de collat.* Controuerſiam hac de re media aetate agitatam fuiſſe, teſtantur DIDAC. COVARRVVIAS, *libr.* II. *var. reſolut. cap.* 6. *num.* 5. et 6. REINH. BACHOVIVS *ad Treutler. vol.* II. *diſp.* XVI. *theſ.* I. atque ANDR. FACHINAEVS, *controu. libr.* VI. *cap.* 46. ſed hodie profecto

Digitized by Google

fecto nemo iurisconsultorum propositionem hanc impugnare audebit. Brevitatis causa ad SAM. STRYCKIVM, *tract. de succeff. ab inteſtato*, *diff.* 1, *cap.* 1. § 60. atque iurisconsultos ab ipso adlegatos, lectores ablegamus.

§. II.

Emancipati hodie parentibus suis haud iure praetorio; sed iure succedunt ciuili.

Quaestio, quam positio haec tangit, cuiusdam est momenti, quum si iure praetorio saltem succederent, pauci iis dies essent definiti, intra quos successio ipsis esset deferenda; eam vero ita decidere possumus, quum nullam introducendam esse statuit imperator inter liberos differentiam, *Nou.* CXVIII. *cap.* I. *siue suae potestatis sint; siue sub potestate sint constituti*, hocque *cap.* IV. repetat; reuera vero adesset differentia, vbi liberi emancipati alio ex iure; alio autem liberi sui ad hereditatem vocarentur. Contraria placet sententia, quoniam in memorata nouella emancipati quidem ad successionem vocentur, haud tamen definiatur, quo iure id fiat, IAC. CVIACIO, *ad dict. Nouell.* CXVIII. et IVST. MEIERO, *colleg. Argentorat. libr.* XXXVIII. *tit.* VI. *theſ.* 19. *nr.* 15. sed hoc nomine a multis sunt notati, in quibus SAM. STRYCKIVM, *tract. de succeff. ab inteſtato*, *diff.* 1. *cap.* II. §. 4. et GEORG. LVD. BOEHMERVM, *diff. de diſcrimine ſuorum et emancipatorum in ſucceſſione inteſtati iure nouo ſublato*, Gottingae CIↃIↃCCLXVI. nominamus.

§. III.

Ex sponsa nati ad successionem admittuntur.

Quicunque locum tenet inter liberos patris legitimos, ille, vt ad eius hereditatem vocetur, poſcere poteſt. Conſtat hoc ex *Nouella* CXVIII. *cap.* 1. eiusmodi partum autem legitimum eſſe, merito ſtatuere debemus. *Legitimus partus* 1) eſt is, qui ex matrimonio procreatur; matrimonium autem iure ciuili ex quo ſucceſſio eſt diiudicanda, adeſt, vbi ſponſalia adſunt, quae concubitu potiſſimum firmata ſunt, propterea quod conſenſus facit nuptias, *L.* 30. *D. de R. I.* Qui 2) a marito cum vxore procreatur, is iterum ſine dubio legitimorum in cenſum cadit: nonne vero id de nato ex ſponſa ſtatuere debemus, quum ſponſa tam ex iuris ciuilis ſententia; quam ex iuris canonici decreto pro vxore ſit habenda, quemadmodum Io. DE AVEZAN, *de ſponſalibus cap.* 6. *et* 7 *tom.* IV. *theſauri iuris ciuilis ac canonici* MEERMANNI, p. 323. docet. Qui eiusmodi partum a ſucceſſione excludunt, ad id prouocant, quod ſit natus; antequam eius parentes conſummauerint matrimonium per benedictionem ſacerdotalem. CHRIST. PHIL. RICHTER, *de ſucceſſ. ab inteſtat. ſect.* 1. *membr.* 3. *nr.* 10. BENED. CARPZOV. *part.* III. *conſt.* 14. *def.* 12. SAM. STRYCK, *de ſucceſſione ab inteſtat. diſſ.* 1. *cap.* 11. §. 49. Io. FRID. EISENHARDVS, *diſſ de nato ex ſponſa*, quae Helmſtadii CIↃIↃCL prodiit et in eius *opuſcula iuridica*, p. 43. eſt translata. GEORG. LVD. BOEHMERVS, *principiis iuris canonici*, §. 399. FERD. CHRIST. HARPRECHTVS, *de iure liberorum a deſponſatis ante benedictionem ſacerdotalem procreatorum*. C. C. OELRICHS *preſſa reſponſione ad quaeſtiones aliquot perplexas coniugales, qua inprimis probatur, quod deflorata non ſit meretrix; nec infans ex ea natus ſpurius*, CIↃIↃCCLXVI. DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedencken*, *tom* III. p. 456. et V. C. Io. CHRIST. KOCHIVS, *in ſucceſſ. ab inteſtato ciuili*, p. 63. nobiscum conſentiunt; AVG. RVD. IES. BRVN-

BRVNNEMANNVS autem *diss. de sponsae partu spurio*, Gottingae CIↃIↃCCLIII. sese inprimis opposuit huic sententiae; neque minus auctoritate nonnullorum iurisconsultorum magni nominis, videlicet BARTOLI, qui ipse spurius fuit, SCHILTERI, BESOLDI, ZIEGLERI aliorumque, p. 16. coniecturam suam fulcire studuit.

§. IV.

Etsi illegitimorum legitimatio per rescriptum principis *non obstantibus legitimis liberis* fiat: clausula tamen haud efficit, vt liberi ante legitimationem legitime nati partequadam portionis hereditariae, iis alioquin ab intestato debitae, priuari queant.

1) Beneficium legitimationis per rescriptum principis secundum *Nou.* LXXXIX. *cap.* 9. solum eorum in fauorem est introductum, qui legitimam haud habent sobolem quumque legislator non distinguat, vtrum rationem habuerit princeps legitimorum liberorum ante natorum; an eam haud habuerit, nulla ratione legitimis liberis legitimatio fratrum legitimatorum nocere quoque haud potest, etsi quoque legitimatio sub clausula memorata sit suscepta. 2) Omnino hac in re a liberis adoptiuis ad legitimatos valet consequentia, quumque spes, quam iam habent liberi legitimi, diminui nequeat per adoptionem, quam ipsorum pater adhuc suscipit, secundum *L.* 17. §. 3. *D. de adopt. et emancipat.* nec id permissum est per emancipationem. Aliud adfirmari solet ab iis, qui hac ab sententia discedunt, quod patri liberos ea parte portionis ab intestato debitae, quae ipsis competit praeter legitimam, testamento priuare liceat principique etiam illas leges, quibus ordo nitatur succedendi, mutare liceat, FRID. ES. PVFENDORFIVS, *ob-*

ſeruat iuris uniuerſi, *tom.* I. *obſ.* 241. meam tuetur ſententiam: ab eo vero qui discedunt duas in claſſes ſcribendi ſunt. Vna quum eos complectitur, qui liberis legitimis ante natis illegitimatos penitus aequiparatos credunt cum SAM. STRYCKIO, *de ſucceſſione ab inteſtato*. *diſſ* I. *cap.* I. §. 247. GEORG. HENR. AYRER. *progr. de reſcripto legitimationis principis pleniſſimum eſſe tum tribuente, licet liberi exſtent*. Gotting. CIↃIↃCCXLVIII. ac Io. CHRIST. FOCH, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, p. 66. *ed. nouiſſ.* in alteram cadunt, qui vel minimum legitimam liberorum legitimatorum per talem legitimationem diminui poſſe negant cum ANDR. GAILIO, *libr.* II *obſ* 242. BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *conſt.* VI. *def.* 27. ac GEORG. SAM. MADIHN, *diſſ. de legitima rationum portione legitima in ſucceſſione cum legitimatis*, Halae, CIↃIↃCCLV.

§. V.

Si liberi stupro violento procreantur eius patri tamquam legitimi haud succedere possunt.

Merito hoc loco ad eiusmodi liberos adplicamus, quod partim de ſpuriis; partim autem de liberis damnato coitu procreatis, iure eſt ſancitum. Satis conſtat, non ſolum hos; ſed etiam iſtos a liberorum patris legitimorum numero aeque ab hereditate paterna excludi, quumque iam ſupra id demonſtratum eſt de ſpuriis, prouoco, vt idem probem de liberis inceſtuoſis, ad *Nouell.* LXXXIX. *cap.* 15. Eiusmodi liberi non ſolum ſunt ſpurii; ſed etiam ii, qui damnato procreati ſunt coitu; contrarium tamen adfirmatur ob ſimilitudinem, quae exiſtit inter eiusmodi liberos atque eos, qui in matrimonio procreati ſunt putatiui, quine ad hereditatem vocantur. Lis hac de re memoranda eſt, quae inter

Io.

Ió. CHRISTOPH KOCHIVM, aeque ac CHRIST. FRID. GLVCKIVM eſt agitata, quum ille tales liberos patri ſuo ſuccedere adfirmaret *de ſucceſſione ab inteſtato*, §. 36. hic autem negaret *comm de conditione liberorum ex ſtupro violento; aut nec violento nec voluntario procreatorum*, *tom.* IV. *opuſculorum*, p. 101 *).

§. VI.

*) Nondum inter medicos deciſa eſt quaeſtio, num cogitari in ſtupro violento queat conceptio, ita, vt nonnulli illud negent; alii vero idem adfirment. Quum cum his faciunt ANDR. OTTO GOELICKE in *medicina forenſi*, *ſpec.* VII. *ſect.* 2. p. 115. HERM. FRID. TEICHMEYERVS *inſtitut. medicinae legalis*, *cap.* IV. *quaeſt.* 3. p. 28. MICH. BERNH. VALENTIN, *pandect. medico legal. part.* 2. *ſect.* 1. *caſ.* 20. GOTTL. HENR. KANNEGIESERVS *in inſtitut. medicinae legal. cap.* III. §. 323. atque alii: iis repugnant MART. SCHVRIGIVS in *gynaecolog. ſect.* II. *cap.* V. ac MICH. ALBERTVS *comment. in conſtitut. criminal. Carolinam medica*, *ad art.* 119. p. 253. ſqq. Controuerſiae huic me iam non immiſceo; ſed merito ſupponendum eſt, omnino natci poſſe ex eiusmodi coitu partum, ſi quaeſtio iam forenſis eius de ſucceſſione in medium profertur. Statuit id quoque GLVCKIVS, *loc. memorato*; quum autem eodem ex argumento, quo vtor, partui hereditatem paternam denegat illumque hac priuandum eſſe putat, quod ſit damnato ex coitu procreatus, mirandum profecto eſt, quid ſit, quod aliter ſentiat de hereditate materna eamque eiusmodi tribuat liberis. Vel minimum arcentur liberi ex damnato coitu nati, ab vtriusque parentis hereditate, *Nou.* LXXXIX. *cap.* 15. SAM. STRYCK, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, *diſſ.* 1. *cap.* II. §. 56. nec negandum eſt, hac in re quoque diſſidium eſſe inter iurisconſultos. Comparat modo laudatus iurisconſultus illos cum naturalibus ac ſpuriis ratione matris: ſed hoc in reſpectu eos damnatis adnumerant GVIL. FORSTNERVS, *de ſucceſſ. libr.* VI. *cap.* 50. *num.* 7. BENED. CARPZOVIVS, *libr.* V. *reſp.* 113. ac Io. FRID. HERTIVS *libr.* 3. *par.* IV. §. 3. *opuſcul. tom.* III. p. 261.

§. VI.

Sententia a multis iurisconsultorum collegiis recepta, spurios patris ex hereditate partem sextantem, naturalibus liberis adsignatam poscere posse, legis in ratione non est fundata.

Etsi ingenue fateri me oporteat, a lenensibus dicasteriis eam sententiam quoque probari, propterea quod sit recepta in foris, merito tamen statuimus, muniri illam haud posse iuris auctoritate, propterea quod naturales liberi a spuriis differunt, ista portio solum naturalibus est tributa; neque eo nomine, quod concubinatus hodie sit prohibitus, neque amplius naturales liberi cogitari possint, ad spurios adplicari licet, quod quondam de naturalibus liberis est sancitum. Quibus aliud placet, ideo id adserunt, quod spurii a hereditate patris eius ob incertitudinem sint excluși haecque hodie cesset legitimatio matrio per subsequens matrimonium ad spurios sit, extensa. BENED. CARPZOVIVS, *decis. part.* II. *decis.* 167. NIC. CHRISTOPH. LYNCKERVS. *decis.* 842. CHRIST. PHIL. RICHTER *de success. ab intestato, sect.* I. *membr.* 3. *num.* 9. Io. HENR. BERGER *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* 4. §. 37. Io. PHIL ODELEM *in den curiösen Rechtssachen, part.* I. *nr.* 4. ABR. KAESTNER *an spurius ex bonis patris sextantem petere possit*, Lips. CIↃIↃCCXXXIV. GEORG. ANCKELMANNVS *diss. de success. ab intestato liberor. naturalium et spuriorum in bona matris*, Gottingae, CIↃIↃCCLXIV. ac Ios. MATTH. ROSMANNVS *diss. de. success. concubinae, si sola superstes sit, ad ill. Nou.* 118. *cap.* 5. *et Nou.* 89. *cap.* 12. Moguntiae CIↃIↃCCLXXXVII. aliique statuunt, spuriis competere hoc loco portionem sextantem; illam autem denegant

gant TOB. IAC. REINHARDVS, *in ſel. obſeruat. ad Chriſtinaeum vol.* VI. *obſ.* 10. FRID. ES. PVFENDORF, *obſ. iur. vniu. tom.* I *obſ.* 89. Io. CHRIST. KOCH, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, §. XXXIII. p. 72. GOTTFR. LVDOV. MENCKE *diſſ. de ſucceſſione liberorum natural. ad ſpurios non pertinente*, Vitebergae CIↃIↃCCXXV. Io. HENR. EBERHARD, *de ſucceſſione liberorum naturalium in ſextantem paternae heredit. exſule in Germania*, Marburgi CIↃIↃCCLXIV. atque alii, a V. C. Io. CHRIST. KOCHIO, in *ſucceſſione ab inteſtato*, p. 74. citati.

§. VII.

Nepotes ex iure a parentibus ipsis transmisso succedunt.

Vbi 1) de ſucceſſione nepotum eſt ſermo, ibi eos in locum patris ſuccedere traditur, quemadmodum liquet ex VLPIANO, *fragmentor. tit.* XXVI. §. 2. p. 128. ed. Io. CANNEGIETER ac *collatione legum Romanarum tit.* XVI. in SCHVLTINGII *iurisprudentia Anteiuſtinianea*, p. 792. Neque vero 2) ſolum hoc iure antiquiori obtinuit; ſed idem locum habuit ex ſententia iuris recentioris, videlicet §. 6. *I. de hered. quae ab inteſtat.* ac *Nou.* CXVIII. *cap.* 1. Vbi denique 3) ſucceſſionis nepotum mentio fit, ibi illos ſaltem in ſtirpes ſuccedere traditur, quod nemo in dubium vocabit. Quae quamuis clara ſint ac prope extra omnem dubitationem poſita; fuerunt tamen, quibus aliud placeret. Argumenta aduerſariorum ſunt: quod 1) nulla ſit viuentis hereditas ideoque viuo patre filio filiaeue nullum ius quaeſitum in eius hereditate competere poſſit: 2) differentia inter heredis ſuos et non ſuos quoad ius ſuccedendi; minime vero quoad modum adquirendi hereditatem ſublata videatur ideoque emancipati eorumque liberi hero-

Digitized by Google

hereditatem adeuntes adquirerent: non aditam autem in ſuos heredes non transmitterent: 3) transmiſſio hereditatis fiat in heredes transmittentis; nepotes vero non ſemper ſint ſui parentis heredes; ſed per exheredationem; vel inſtitutionem coheredis extranei in totum; vel in tantum hereditate paterna excidere: immo ipſi ab hereditate paterna abſtinere poſſint: 4) nepotes, licet a patre ſint exheredati, vel ſe abſtinuerint a patris hereditate, auo, non quidem ſtricto iure ciuili; verum tamen per bonorum poſſeſſionem ſuccedant; neque id fieri poſſet, ſi ex iure transmiſſo parentis ſuccederent: 5) ſi a patre filius cum extraneo heres ſcriptus eſſet, ſequeretur, vt non ſolum nepoti; ſed quoque eius coheres auo ſuccederet, ſi ex iure parentis transmiſſo ſucceſſio inſtituenda: 6) si nepos ex iure parentis transmiſſo ad auitam hereditatem perueniret, is quoque patris debita ſoluere eiusque facta patris praeſtare debe ret, licet patris heres non fuerit: 7) transmiſſio non videatur locum habere in eo, qui lege vocatus eſt ad hereditatem; nepotes vero ipſa lege ſunt vocati ad hereditatem auitam, adeoque proprio iure ſuccedanti nec transmiſſione indigeant: 8) nepos, exheredato licet patre, auo in quibusdam casibus ſuccedat ſecundum *L. 7. pr. D. vnde liberi* ac *L. 1. §. 8. D. de ſuis et legitimis;* hoc autem fieri non poſſet, ſi ius nepotis a patris ſucceſſione penderet. Haec proferuntur a Io. Sam. Frid. Boehmero diſſ. *de nepotibus auo iure proprio ſuccedentibus*, Fran. cof. ad Viadrum cIↃIↃCCLXII et Gebh. Christ. Bastineller, *diſſ. de nepote patris conferenda; niſi hic auctus ſit, non conferente*, Helmſt. cIↃIↃCCXXXII. Iis inprimis ſeſe oppoſuit Io. Avg. Hellfeld, diſſ. *transmiſſione iuris ſuccedendi anteceſſoris morte non delati*, §. XXI. in eius *opuſculis*, p. 450.

§. VIII.

§. VIII.

Ius repraesentationis ad omnes descendentes in infinitum extenditur.

Hodie nemo facile exiſtet, qui in dubium vocaret hanc propoſitionem; officio tamen noſtro ſatisfacimus ac monemus, pluribus argumentis firmari poſſe hanc regulam. Videmus illius veritatem 1) ex iure transmiſſionis, propterea quod filii et nepotes ad ſuos liberos transferunt ius ſuum; illud autem complectitur quoque ius repraeſentationis. Si 2) ius repraeſentationis liberis remotorum graduum denegaretur, a ſucceſſione per mortem parentum nimis magnam excluderentur, quod cogitari nequit. Eodem in caſu deterior ipſis conditio contingeret, quam cognatis, a latere iunctis, qui ad decimum gradum ſuccedunt, *§. vlt. I. de ſucceſſione cognator.* Aliud cenſent ob §. 6. *I. de leg. ac ſucc. ab inteſt.* ac *L.* 23. §. 1. *D. de bonis libertor.* BARTOLVS, *in L. 1. §. 5. D. de ſuis et leg. hered.* ac reliqui iurisconſulti, quos nominat FORSTERVS, *libr.* IV. *de ſucceſſ. cap.* 21. *num.* 5. ſed eos refutat SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato diſſ.* 1. *cap.* 2. p. 67. cui recentiores, Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* IV. §. 38. et Io. CHRIST. KOCHIVS, *in ſucceſſ. ab inteſtato ciuili*, p. 58. accedunt.

§. IX.

Si liberi, abstinuisse se ab hereditate paterna declarant neque hac in declaratione creditores paterni, quod eos conueniunt, adquiescere volunt, liberis non opus est, vt, sese abstinuisse, probent.

1) Qui

1) Qui ait sese abstinuisse ab hereditate, immixtionem solum negat; neganti vero onus probandi haud imponi potest ac creditor illud a se amouere nequit, propterea quod contradicere illis aliter non potest; quam si immixtionem iamiam factam esse adserat: ea vero nunquam praesumi potest. 2) Ipsa exceptio heredis sui, se abstinere ab hereditate, est absentio, vti clare liquet ex L. 21. *D. de auctor. tut.* ac 3) quamdiu liberi se hereditati non immiscuerint, tamdiu ab eadem abstinere possunt, L. 11. 12. et 57. *D. de adquir. vel am. hered.* Quaestio est, quae nostra potissimum aetate maxime est controuersa, quumque argumenta a nobis iam proposita, proferuntur ad fulciendam sententiam, quam ego amplector, illa, quibus aduersarii vtuntur, sunt, quod liberi ipso iure sint heredes: beneficium abstinendi sit ius singulare atque ab illo, qui ipso frueretur, sit probandum, liberosque *creditoribus hereditariis iure ciuili teneri*, tradatur in *L.* 57. *D. de adquir. vel om. hered.* Quum ita, vt est factum, eam decidimus, consentimus cum Andr Gailio, *libr.* II. *obs. cap.* 28. Ant. Fabro, *libr.* VI. *cod. Subaud. tit.* XII. *def.* 2. Io. Brvnnemann ad *L.* 1 *C. si minor ab hered. abstin. num.* 2. Dav. Mevio, *part.* I. *decis.* 71. Io. Frid. Hertio, *decis.* 665. Io. Balth. Wernhero, *part.* IV. *obs.* 229. Io. Henr. de Berger, diss. *de omissione hereditatis*, §. XVIII. Georg. Lvd. Boehmero, diss. *de herede suo ab hereditate se abstinente et se immiscente*, Gottingae clɔIɔccLVI. a Io. Christ. Kochio, *de liberis heredibus suis ad probationem abstentionis non obligatis*, Giess. clɔIɔccLXXVI. ac auctoribus *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *tom.* III. p. 174. atque improbamus ea, quae ad corroborandam contrariam opinionem proferunt Henr. de Cocceii, *de iu cess. nepotum sect.* III. §. 5. *vol.* I. *exercit. exoter. disp.* 90. p. 1634.

Io-

IOSEPH. AVERANIVS *interpret. iuris, tom. V. libr. I. cap.* IX. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obseruat. iuris uniuersi, tom. III. obs.* 8.

§. X.

In successione adscendentium discrimen bonorum haud attenditur.

1) Imperator *Nou.* CXVIII. *cap.* 2. expresse dicit: *si autem eundem habent*, videlicet parentes, *gradum, ex aequo inter eos hereditas diuidatur, vt medietatem quidem accipiant omnes a patre adscendentes quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre adscendentes, quantoscunque eos inueniri contigerit;* neque vlla syllaba originis bonorum meminit, quae sit respicienda. Si 2) bona filio semel sunt adquisita, cum eius rebus consolidantur et qualitatem perdunt, quae iis ordinarie inesse solet. Si 3) origo bonorum esset attendenda, remotior haud a proximiori excluderetur; sed hoc certum est ex sententia dictae Nouellae. Contrarium deducitur ex distinctione bonorum paternorum ac maternorum in *L.* 13. *C. de leg. hered.* facta ac ex *L.* 3. *C. de bonis quae liberis.* Idem docent IOACH. MYNSINGERVS, *cent.* VI. *obs.* 55. ANTON. FABER, *cod. Sabaud. libr.* VI. *tit.* XXXI. *def.* 2. ARNOLD. VINNIVS, *select. quaest. libr.* II. *cap.* 31. HENR. DE COCCEII, *diss. de distinct. bonor. vol.* II. *exerc. curios.* p. 843. PAVLL. GVIL. SCHMIDIVS, *diss. de diuersitate bonorum in succes. ab intestato adscendentium et iure romano et germanico non attendenda*, Ienae, CIↃIↃCCLV. atque auctores *der Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* II. p. 128. sed ab his deflectunt HARTM. PISTORIVS, *obs.* 51. *cap.* 2. MATTH. BERLICHIVS, *part.* XII. *concluf.*

20. num. 14. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 14. *def.* 2.

§. XI.

Si hereditas ad defuncti parentes deuoluitur, retinet pater vsumfructum ea in bonorum filii parte, ad quam mater vocatur, haecque ſolum illorum proprietatem habet, quamdiu in viuis est pater.

Si vellemus hoc loco vſumfructum denegare patri, ſequeretur, illum finiri ante mortem vſufructuarii atque adcreſcere proprietario: verum enimuero hoc naturae vſusfructus repugnaret ac potius in eo patri competit tam perfectum ius, vt ipſi illud auferri nequeat. Conſtat hoc euidenter ex *L.* 3. §. 1. *C. de vſufructu.* Neque minus a) id clare conſtat ex *L.* 7. §. 1. *C. ad SC. Tertullianum;* contrarium vero, qui id ſtatuunt, deducitur ex *Nouell.* CXVIII. *cap.* 2. Inter hos innenimus HELFR. VLRIC. HVNNIVM, *reſolut. ad Treutlerum, vol.* II. *diſp.* XV. *theſ.* 4. *quaeſt.* 35. PAVLL. GVIL. SCHMIDIVS, *diſſ. de ſucceſſione collateralium ab inteſtato vna cum adſcendentibus,* Ienae, CIↃIↃCCLV. §. 5. LEONH. HENRIC. LVDOV. GEORG. DE CANNEGIESER, *collect. deciſion. ſupremi tribunalis adpellation. Haſſo - Caſſellani, tom.* I. *dec.* 7. ac IO. CHRIST. KOCH, *de ſucceſſ. ab inteſtato,* cl. II. §. 47. p. 104. ſed noſtram tuentur ſententiam ANDR. KACHINAEVS, *controu. iuris libr.* VI. *cap.* 6. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* I. *num.* 6. SAM. STRYCK *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ* II. *cap.* I. §. 13. CHRIST. PHIL. RICHTER, *de ſucceſſ. ab inteſtato ſect.* II. *membr.* I. *num.* 3. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* II. p. 125.

§. XII.

§. XII.

Secundum ius Romanum pater dominium haud perdit eius, quod ad ipsum ex bonis vxoris prioris matrimonii per hereditatem filii; seu filiae peruenit, si secundas contrahit nuptias pluresque habet liberos, quos in priori procreauit thoro.

1) Omnes leges, quae in odium secundarum latae sunt nuptiarum, odiosae sunt strictaeque interpretandae; ea vero, quae hac de re cauit IVSTINIANVS in *Nou.* XXII. *cap.* 46. claris verbis ad matrem restrinxit; neque ibi vlla syllaba mentionem patris. 2) Quum generatim vsumfructum pater peculii illius pagani habet, quod non nominatim est irregulare hocque sese sine vllo dubio extendit ea quoque ad bona, quae ad liberos ex matris hereditate sunt profecta: profecto haud frui potest beneficio, quod adsignat imperator matri binubae, quum loco proprietatis ei adsignat vsumfructum bonorum paternorum, quae ad illum ex hereditate liberorum perueniunt, ideoque ille id, quod ibi sanxit de matre, ad patrem extendere non potuit. Quibus aliud placuit, il potissimum ad eamdem rationem, quae ipsis in patre obtinere videtur; partim ad id, quod *Nou. dict. cap.* 23. legatur de communi poena, tam mulieri; quam viro imposita, prouocare solent; nec negandum est, hoc placere iurisconsultis pluribus, videlicet SAM. STRYCKIO, *tractat. de successione ab intestato, diss.* XII. *cap.* III. §. 13. ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obs.* 98. *num.* 3. IVST. HENNING. BOEHMER, *consultat. et decis. tom.* II. *part.* I. *resp.* 431. CAR. GOTTL. KNORR *in diss. de iure coniugis nuptias iterantis, in bonis propriis et a priori coniuge quaesitis, cap.* 4. §. 2. et Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER *in den Neben-*

ſtunden, *part.* LXXXI. *nr.* 8. ac Io. CHRIST. KOCH, *de ſucceſſione ab inteſtato*, p. 55. Sententia, quam foueo, inuenit fautores in ANDR. FACHINAEO, *in controu. libr.* III. *cap.* 14. ac Io. BALTH. L. B. DE WERNHER, *part.* 1. *obſ.* 93.

§. XIII.

Fratrum filii cum parentibus eorum in liberorum hereditate concurrunt, siue soli existant; siue vnacum iis simul fratres adsint, qui succedant.

1) Quum fratrum filiis *Nou.* CXXVII. ius repraesentationis semel idque sine vlla distinctione est concessum, merito in locum parentum suorum succedunt, vbi ipsis alii fratres haud sint superstites. Si fratrum filii 2) ad hereditatem vocantur cum parentibus, vbi fratres existant, merito idem est licitum, vbi deficiunt, ob eandem legis rationem. Quoniam *Nou.* CXXVII. solum eius casus mentio fit, quo vna cum parentibus aeque ac fratribus praemortuorum vocentur liberi, IAC. CVIACIVS, *ad Nou.* CXVIII. GEORG. FRANZKIVS, *exerc.* XIII. *quaeſt.* 8. Io. VOETIVS *comm. ad dig. libr.* XXXVIIII. *tit.* 17. §. 32. aliique iurisconsulti aliam fouent sententiam; nostrae vero adhaerent PETR. GVDELINVS, *libr.* II. *de iur. nouiſſ. cap.* 14. Io. A SANDE, *deciſ. Friſicar. libr.* IV. *tit.* VIII. *def.* 5. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 17. *def.* 4. CHRIST. PHIL. RICHTER, *de ſucceſſ. ab inteſtat. ſect.* II. *membr.* 1. *num.* 17. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, *diſſ.* II. *cap.* 1. p. 164. Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER in *den Nebenſtunden*, *part.* LXVII. *num.* 1. et Io. CHRIST. KOCH *de ſucceſſ. ab inteſtato*, p. 125.

§. XIV.

Digitized by Google

§. XIV.

Si ad hereditatem vocantur fratrum germanorum liberi: nec tunc iure repraesentationis in capita succedant, si defuncti existit patruus.

Quoniam non minus haecce propositio ex eo patet, quod, vbi ius repraesentationis inter collaterales quosdam non clare est introductum, nec illud admittendum hocque tantum inter germanorum liberos adprobatur, vbi concurrunt cum germanis: non opus est, vt alia adiiciam argumenta; nihilotamen minus plura sunt, quae ei opponi solent, quum aduersarii contrarium 1) ex eo concludunt, quod *nou.* CXVIII. *cap.* 3. *princ.* in linea collaterali primo ordine vocentur germani hisque non existentibus statim secundo ordine consanguinei et vterini ideoque germanorum filii ordinem intermedium haud habeant hocque modo ad ius repraesentationis confugere debeant: nec minus quoque 2) ad comparationem liberorum germanorum ipsorum cum patribus verbis *nou.* CXVIII. *cap.* 3. supra recitatis factam prouocant ac simul 3) idem patere statuant ex vera ratione, cur imperator liberos, defunctis eorum patribus, ad hereditatem vocet atque ex natura priuilegii, quo liberi solum loco parentum ipsorum fruantur. Ita argumentantur SAM. DE COCCEII *iur. controuerso, libr.* XXXVIII. *tit.* XV. *quaest.* V. ac PHIL. IAC. HEISLERVS, *diss. de fratrum germanorum filiis, secundum nou.* 118. *cap.* 3. *inter repraesentationis in stirpes succedentibus*, Halae, CIↃIↃCCLXXV. Sed iis recte repugnat Io. CHRIST. KOCHIVS, *de succes. ab intestato*, p. 130.

§. XV.

Fratrum ſeu liberorum liberis, si fratrem vnilateralem excludere volunt, haud opus est, vt in stirpes ſuccedant.

Paullo ante pluribus argumentis demonſtrauimus, ius repraeſentationis haud obtinere inter fratrum vel ſororum liberos, ſi hi ſoli ad hereditatem vocantur. Hoc quum generatim iuri ciuili eſt conforme, neque vnilateralibus fratribus quadam cum diſtinctione praeferuntur germanorum liberis, merito hoc in caſu ſucceſſionem in capita locum habere ſtatuimus. Quoniam verbis eiusdem legis ſequentibus: *praeponuntur iſtius filii, ſicuti eorum parens praeponeretur, si vocaret*, comparantur liberi cum ipſorum parentibus, eos non; niſi in locum parentum ipſorum ſuccedant, praeferri volunt ipſorum patruo vnilaterali SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſione ab inteſtato, diſſ. III. cap. I. §. 12. p. 198.* ac PHIL. IAC. HEISLERVS, *diſſ. de fratrum germanorum filiis siue cum fratre defuncti vnilaterali, ſiue cum fratris vnilateralis filiis, ſiue cum filiis defuncti concurrant, ſecundum nou. 118. C. 3. iure repraeſentationis in ſtirpes ſuccedentibus*, Halae, CIↃIↃCCLXXV. ſed ab iis diſcedunt Io. CHRIST. KOCH, *de ſucceſſ. ab inteſtato* p. 128. et GEORG. FRID. DEINLINVS, *diſſ. de dubiis quibusdam in ſucceſſione ab inteſtato collateralium*, §. V. ſqq.

§. XVI.

Vti fratri vnilaterali praecedunt in ſucceſſione germanorum liberi; ita quoque praeferendi sunt eiusdem liberis.

Si verum eſt germanos germanorumque liberos omnibus aliis, a latere iunctis, praecedere eosque a hereditate excludere: merito quoque id contigit fratris vni-

vnilateralis liberis. Aliam fouet ſententiam PHIL. IAC. HEISLERVS, *loc. memorato*: ſed eius, quam foueo, inprimis fautores ſunt FRID. A SANDE, *decis. libr.* IV. *tit.* VIII. *def.* 3. GEORG. FRID. DEINLIN, *loc. mem.* ac Io. CHRIST. KOCHIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, p. 120.

§. XVII.

Si ſolum fratrum; vel ſororum adſunt liberi, in capita succedunt.

1) Ius repraeſentationis, quod ſucceſſionem in capita efficit, eſt extraordinarium; nec vnquam admitti poteſt; niſi claris legis verbis eſt introductum; illud vero haud adprobatur, vbi fratrum liberi ſolum concurrunt. 2) Secundum ius vetus in capita ſucceſſerunt; illud autem non eſt abrogatum. 3) IVSTINIANVS *nou.* CXVIII. *cap.* 3. *vers. ſed et ipſis* claris verbis tunc demum ſucceſſionem in ſtirpes praecipit, vbi cum proprüis ſuccedunt thiis ac per id ſimul tacite eam improbat, ſi thii haud concurrunt: immo 4) idem repetit *eod. cap. vers quando quidem* ac fratrum et ſororum liberos in propriorum parentum locum ſuccedere iubet, ſi cum iis, qui in ſecundo gradu ſunt, ad hereditatem vocentur. Tandem 4) illud concludimus ipſa ex hiſtoria iuris ſuccedendi ab inteſtato apud Romanos. Quum a fratribus aeque ac ſororibus eorum liberi penitus quondam excluderentur, *L.* 3. *C. de legit. hered.* reuera horum tantum conſulere voluit imperator rationibus, vbi ſimul eos admittere vellet. Quum illud ſemper ipſis per id contingeret beneficium, ſiue hoc; ſiue illo modo admitteret, non; niſi inſtirpes ſuccedere iubebat: immo aliter haud id ordinare poterat, ſi non voluerit ipſis fra-

hereditatem adeuntes adquirerent: non aditam autem in ſuos heredes non transmitterent: 3) transmiſſio hereditatis fiat in heredes transmittentis; nepotes vero non ſemper ſint ſui parentis heredes; ſed per exheredationem; vel inſtitutionem coheredis extranei in totum; vel in tantum hereditate paterna excidere: immo ipſi ab hereditate paterna abſtinere poſſint: 4) nepotes, licet a patre ſint exheredati, vel ſe abſtinuerint a patris hereditate, auo. non quidem ſtricto iure ciuili; verum tamen per bonorum poſſeſſionem ſuccedant; neque id fieri poſſet, ſi ex iure transmiſſo parentis ſuccederent: 5) ſi a patre filius cum extraneo heres ſcriptus eſſet, ſequeretur, vt non ſolum nepoti; ſed quoque eius coheres auo ſuccederet, ſi ex iure parentis transmiſſo ſucceſſio inſtituenda: 6) si nepos ex iure parentis transmiſſo ad auitam hereditatem perueniret, is quoque patris debita ſoluere eiusque facta patris praeſtare debe ret, licet patris heres non fuerit: 7) transmiſſio non videatur locum habere in eo, qui lege vocatus eſt ad hereditatem; nepotes vero ipſa lege ſunt vocati ad hereditatem auitam, adeoque proprio iure ſuccedanti nec transmiſſione indigeant: 8) nepos, exheredato licet patre, auo in quibusdam casibus ſuccedat ſecundum *L. 7. pr. D. vnde liberi* ac *L. 1. §. 8. D. de ſuis et legitimis;* hoc autem fieri non poſſet, si ius nepotis a patris ſucceſſione penderet. Haec proferuntur a Io. Sam. Frid. Boehmero diſſ. *de nepotibus auo iure proprio ſuccedentibus*, Francof. ad Viadrum cIↃIↃCCLXII et Gebh. Christ. Bastinellen, *diſſ. de nepote patris conferenda; niſi his auctus ſit, non conferente*, Helmſt. cIↃIↃCCXXXII. Iis inprimis ſeſe oppoſuit Io. Avg. Hellfeld, diſſ. *transmiſſione iuris ſuccedendi anteceſſoris morte non delati*, §. XXI. in eius *opuſculis*, p. 450.

§. VIII.

§. VIII.

Ius repraesentationis ad omnes descendentes in infinitum extenditur.

Hodie nemo facile exiſtet, qui in dubium vocaret hanc propoſitionem; officio tamen noſtro ſatisfacimus ac monemus, pluribus argumentis firmari poſſe hanc regulam. Videmus illius veritatem 1) ex iure transmiſſionis, propterea quod filii et nepotes ad ſuos liberos transferunt ius ſuum; illud autem complectitur quoque ius repraeſentationis. Si 2) ius repraeſentationis liberis remotorum graduum denegaretur, a ſucceſſione per mortem parentum nimis ma uram excluderentur, quod cogitari nequit. Eodem in caſu deterior ipſis conditio contingeret; quam cognatis, a latere iunctis, qui ad decimum gradum ſuccedunt, *§. vlt. I. de ſucceſſione cognator.* Aliud cenſent ob §. 6. *I. de leg. ac ſuc. ab inteſt.* ac *L.* 83. §. 1. *D. de bonis libertor.* BARTOLVS, *in L.* 1. §. 5. *D. de ſuis et leg. hered.* ac reliqui iurisconſulti, quos nominat FORSTERVS, *libr.* IV. *de ſucceſſ. cap.* 21. *num.* 5. ſed eos refutat SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato diſſ.* 1. *cap.* 2. p. 67. cui recentiores, Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* IV. §. 38. et Io. CHRIST. KOCHIVS, *in ſucceſſ. ab inteſtato ciuili*, p. 58. accedunt.

§. IX.

Si liberi, abstinuisse se ab hereditate paterna declarant neque hac in declaratione creditores paterni, quod eos conueniunt, adquiescere volunt, liberis non opus est, vt, sese abstinuisse, probent.

1) Qui

1) Qui ait sese abstinuisse ab hereditate, immixtionem solum negat; neganti vero onus probandi haud imponi potest ac creditor illud a se amouere nequit, propterea quod contradicere illis aliter non potest; quam si immixtionem iamiam factam esse adserat: ea vero nunquam praesumi potest. 2) Ipsa exceptio heredis sui, se abstinere ab hereditate, est abstentio, vti clare liquet ex *L.* 21. *D. de auctor. tut.* ac 3) quamdiu liberi se hereditati non immiscuerint, tandiu ab eadem abstinere possunt, *L.* 11. 12. et 5. *D. de adquir. vel am. hered.* Quaestio est, quae nostra potissimum aetate maxime est controuersa, quumque argumenta a nobis iam proposita, proferuntur ad fulciendam sententiam, quam ego amplector, illa, quibus aduersarii vtuntur, sunt, quod liberi ipso iure sint heredes: beneficium abstinendi sit ius singulare atque ab illo, qui ipso frueretur, sit probandum, liberosque *creditoribus hereditariis iure ciuili teneri*, tradatur in *L.* 57. *D. de adquir. vel om. hered.* Quum ita, vt est factum, eam decidimus, consentimus cum ANDR GAILIO, *libr.* II. *obs. cap.* 28. ANT. FABRO, *libr.* VI. *cod. Sabaud. tit.* XII. *def.* 2. IO. BRVNNEMANN ad *L.* 1 *C. si minor ab hered. abstin. num.* 2. DAV. MEVIO, *part.* I. *decis.* 71. IO. FRID. HERTIO, *decis.* 665. IO. BALTH. WERNHERO, *part.* IV. *obs.* 229. IO. HENR. DE BERGER, diss. *de omissione hereditatis*, §. XVIII. GEORG. LVD. BOEHMERO, diss. *de herede suo ab hereditate se abstinente et se immiscente*, Gottingae CIↃIↃCCLVI. a IO. CHRIST. KOCHIO, *de liberis heredibus suis ad probationem abstentionis non obligatis*, Giess. CIↃIↃCCLXXVI. ac auctoribus *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *tom.* III. p. 174. atque improbamus ea, quae ad corroborandam contrariam opinionem proferunt HENR. DE COCCEII, *de iu cess. nepotum sect.* III. §. 5. *vol.* I. *exercit. exoter. disp.* 90. p. 1634.

IO.

IOSEPH. AVERANIVS *interpret. iuris, tom. V. libr.* I. *cap.* IX. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obseruat. iuris vniuersi, tom.* III. *obs.* 8.

§. X.

In successione adscendentium discrimen bonorum haud attenditur.

1) Imperator *Nou.* CXVIII. *cap.* 2. expresse dicit: *si autem eumdem habent*, videlicet parentes, *gradum, ex aequo inter eos hereditas diuidatur, vt medietatem quidem accipiant omnes a patre adscendentes quanticunque fuerint, medietatem vero reliquam a matre adscendentes, quantoscunque eos inueniri contigerit;* neque vlla syllaba originis bonorum meminit, quae sit respicienda. Si 2) bona filio semel sunt adquisita, cum eius rebus consolidantur et qualitatem perdunt, quae iis ordinarie inesse solet. Si 3) origo bonorum esset attendenda, remotior haud a proximiori excluderetur; sed hoc certum est ex sententia dictae Nouellae. Contrarium deducitur ex distinctione bonorum paternorum ac maternorum in *L.* 13. *C. de leg. hered.* facta ac ex *L.* 3. *C. de bonis quae liberis.* Idem docent IOACH. MYNSINGERVS, *cent.* VI. *obs.* 55. ANTON. FABER, *cod. Sabaud. libr.* VI. *tit.* XXXI. *def.* 2. ARNOLD. VINNIVS, *select. quaest. libr.* II. *cap.* 31. HENR. DE COCCEII, *diss. de distinct. bonor. vol.* II. *exerc. curios.* p. 843. PAVLL. GVIL. SCHMIDIVS, *diss. de diuersitate bonorum in success. ab intestato adscendentium et iure romano et germanico non attendenda*, Ienae, CIↃIↃCCLV. atque auctores *der Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien*, *vol.* II. p. 128. sed ab his deflectunt HARTM. PISTORIVS, *obs.* 51. *cap.* 8. MATTH. BERLICHIVS, *part.* XII. *concluss.*

20. *num.* 14. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 14. *def.* 2.

§. XI.

Si hereditas ad defuncti parentes deuoluitur, retinet pater vsumfructum ea in bonorum filii parte, ad quam mater vocatur, haecque ſolum illorum proprietatem habet, quamdiu in viuis est pater.

Si vellemus hoc loco vſumfructum denegare patri, ſequeretur, illum finiri ante mortem vſufructuarii atque adcreſcere proprietario: verum enimuero hoc naturae vſusfructus repugnaret ac potius in eo patri competit tam perfectum ius, vt ipſi illud auferri nequeat. Conſtat hoc euidenter ex *L.* 3. §. 1. *C. de vſufructu.* Neque minus 2) id clare conſtat ex *L.* 7. §. 1. *C. ad SC. Tertullianum;* contrarium vero, qui id ſtatuunt, deducitur ex *Nouell.* CXVIII. *cap.* 2. Inter hos inuenimus HELFR. VLRIC. HVNNIVM, *reſolut. ad Treutlerum, vol.* II. *diſp.* XV. *theſ.* 4. *quaeſt.* 35. PAVLL. GVIL. SCHMIDIVS, *diſſ. de ſucceſſione collateralium ab inteſtato vna cum adſcendentibus,* Ienae, CIↃIↃCCLV. §. 5. LEONH. HENRIC. LVDOV. GEORG. DE CANNEGIESER, *collect. deciſion. ſupremi tribunalis adpellation. Haſſo - Caſſellani, tom.* I. *dec.* 7. ac IO. CHRIST. KOCH, *de ſucceſſ. ab inteſtato,* cl. II. §. 47. p. 104. ſed noſtram tuentur ſententiam ANDR. FACHINAEVS, *controu. iuris libr.* VI. *cap.* 6. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* I. *num.* 6. SAM. STRYCK *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ* II. *cap.* I. §. 13. CHRIST. PHIL. RICHTER, *de ſucceſſ. ab inteſtato ſect.* II. *membr.* I. *num.* 3. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* II. p. 125.

§. XII.

Digitized by Google

§. XII.

Secundum ius Romanum pater dominium haud perdit eius, quod ad ipſum ex bonis vxoris prioris matrimonii per hereditatem filii; ſeu filiae peruenit, si ſecundas contrahit nuptias pluresque habet liberos, quos in priori procreauit thoro.

1) Omnes leges, quae in odium ſecundarum latae ſunt nuptiarum, odioſae ſunt ſtricteque interpretandae; ea vero, quae hac de re cauit IVSTINIANVS in *Nou.* XXII. *cap.* 46. claris verbis ad matrem reſtrinxit; neque ibi vlla ſyllaba mentioſit patris. 2) Quum generatim vſumfructum pater peculii illius pagani habet, quod non nominatim eſt irregulare hocque ſeſe ſine vllo dubio extendit ea quoque ad bona, quae ad liberos ex matris hereditate ſunt profecta: profecto haud frui poteſt beneficio, quod adſignat imperator matri binubae, quum loco proprietatis ei adſignat vſumfructum bonorum paternorum, quae ad illum ex hereditate liberorum perueniunt, ideoque ille id, quod ibi ſanxit de matre, ad patrem extendere non potuit. Quibus aliud placuit, ii potiſſimum ad eamdem rationem, quae ipſis in patre obtinere videtur; partim ad id, quod *Nou. dict. cap.* 23. legatur de communi poena, tam mulieri; quam viro impoſita, prouocare ſolent; nec negandum eſt, hoc placere iurisconſultis pluribus, videlicet SAM. STRYCKIO, *tractat. de ſucceſſione ab inteſtato, diſſ.* XII. *cap.* III. §. 13. ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obſ.* 98. *num.* 3. IVST. HENNING. BOEHMER, *conſultat. et decis. tom.* II. *part.* I. *reſp.* 431. CAR. GOTTL. KNORR *in diſſ. de iure coniugis nuptias iterantis, in bonis propriis et a priori coniuge quaeſitis, cap.* 4. §. 2. ac Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER *in den Neben-*

ſtunden, *part.* LXXXI. *nr.* 8. ac Io. CHRIST. KOCH, *de ſucceſſione ab inteſtato*; p. 55. Sententia, quam foueo, inuenit fautores in ANDR. FACHINAEO, *in controu. libr.* III. *cap.* 14. ac Io. BALTH. L. B. DE WERNHER, *part.* 1. *obſ.* 93.

§. XIII.

Fratrum filii cum parentibus eorum in liberorum hereditate concurrunt, siue ſoli existant; siue vnacum iis simul fratres adsint, qui ſuccedant.

1) Quum fratrum filiis *Nou.* CXXVII. ius repraeſentationis ſemel idque ſine vlla diſtinctione eſt conceſſum, merito in locum parentum ſuorum ſuccedunt, vbi ipſis alii fratres haud ſint ſuperſtites. Si fratrum filii 2) ad hereditatem vocantur cum parentibus, vbi fratres exiſtant, merito idem eſt licitum, vbi deficiunt, ob eamdem legis rationem. Quoniam *Nou.* CXXVII. ſolum eius caſus mentio fit, quo vna cum parentibus aeque ac fratribus praemortuorum vocentur liberi, IAC. CVIACIVS, *ad Nou.* CXVIII. GEORG. FRANZKIVS, *exerc.* XIII. *quaeſt.* 8. Io. VOETIVS *comm. ad dig. libr.* XXXVIIII. *tit.* 17. §. 32. aliique iurisconſulti aliam fouent ſententiam; noſtrae vero adhaerent PETR. GVDELINVS, *libr.* II. *de iur. nouiſſ. cap.* 14. Io. A SANDE, *deciſ. Friſicar. libr.* IV. *tit.* VIII. *def.* 5. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 17. *def.* 4. CHRIST. PHIL. RICHTER, *de ſucceſſ. ab inteſtat. ſect.* II. *membr.* I. *num.* 17. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, *diſſ.* II. *cap.* I. p. 164. Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER in *den Nebenſtunden*, *part.* LXVII. *num.* 1. et Io. CHRIST. KOCH *de ſucceſſ. ab inteſtato*, p. 125.

§. XIV.

§. XIV.

Si ad hereditatem vocantur fratrum germanorum liberi: nec tunc iure repraesentationis in capita succedant, si defuncti existit patruus.

Quoniam non minus haecce propositio ex eo patet, quod, vbi ius repraesententionis inter collaterales quosdam non clare est introductum, nec illud admittendum hocque tantum inter germanorum liberos adprobatur, vbi concurrunt cum germanis: non opus est, vt alia adiiciam argumenta; nihilotamen minus plura sunt, quae ei opponi solent, quum aduersarii contrarium 1) ex eo concludunt, quod *nou.* CXVIII. *cap.* 3. *princ.* in linea collaterali primo ordine vocentur germani hisque non existentibus statim secundo ordine consanguinei et vterini ideoque germanorum filii ordinem intermedium haud habeant hocque modo ad ius repraesentationis confugere debeant: nec minus quoque 2) ad comparationem liberorum germanorum ipsorum cum patribus verbis *nou.* CXVIII. *cap.* 3. supra recitatis factam prouocant ac simul 3) idem patere statuant ex vera ratione, cur imperator liberos, defunctis eorum patribus, ad hereditatem vocet atque ex natura priuilegii, quo liberi solum loco parentum ipsorum fruantur. Ita argumentantur SAM. DE COCCEII *iur. controuerso*, *libr.* XXXVIII. *tit.* XV. *quaest.* V. ac PHIL. IAC. HEISLERVS, *diss. de fratrum germanor. filiis, secundum nou.* 118. *cap.* 3. *iure repraesentationis in stirpes succedentibus*, Halae, CIↃIↃCCLXXV. Sed iis recte repugnat Io. CHRIST. KOCHIVS, *de succeff. ab inteflato*, p. 130.

Digitized by Google

§. XV.

Fratrum ſeu liberorum liberis, ſi fratrem vnilateralem excludere volunt, haud opus est, vt in stirpes ſuccedant.

Paullo ante pluribus argumentis demonſtrauimus, ius repraeſentationis haud obtinere inter fratrum vel ſororum liberos, ſi hi ſoli ad hereditatem vocantur. Hoc quum generatim iuri ciuili eſt conforme, neque vnilateralibus fratribus quadam cum diſtinctione praeferuntur germanorum liberis, merito hoc in caſu ſucceſſionem in capita locum habere ſtatuimus. Quoniam verbis eiusdem legis ſequentibus: *praeponuntur iſtius filii, ſicuti eorum parens praeponeretur, ſi vocaret*, comparantur liberi cum ipſorum parentibus, eos non; niſi in locum parentum ipſorum ſuccedant, praeferri volunt ipſorum patruo vnilaterali SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſione ab inteſtato, diſſ. III. cap. I. §. 12. p. 198.* ac PHIL. IAC. HEISLERVS, *diſſ. de fratrum germanorum filiis siue cum fratre defuncti vnilaterali, ſiue cum fratris vnilateralis filiis, ſiue cum filiis defuncti concurrant, ſecundum nou. 118. C. 3. iure repraeſentationis in ſtirpes ſuccedentibus*, Halae, CIↃIↃCCLXXV. ſed ab iis diſcedunt Io. CHRIST. KOCH, *de ſucceſſ. ab inteſtato* p. 128. et GEORG. FRID. DEINLINVS, *diſſ. de dubiis quibusdam in ſucceſſione ab inteſtato collateralium*, §. V. ſqq.

§. XVI.

Vti fratri vnilaterali praecedunt in ſucceſſione germanorum liberi; ita quoque praeferendi sunt eiusdem liberis.

Si verum eſt germanos germanorumque liberos omnibus aliis, a latere iunctis, praecedere eosque a hereditate excludere: merito quoque id contigit fratris vni-

vnilateralis liberis. Aliam fouet ſententiam PHIL. IAC. HEISLERVS, *loc. memorato*: ſed eius, quam foueo, inprimis fautores ſunt FRID. A SANDE, *decis. libr.* IV. *tit.* VIII. *def.* 3. GEORG. FRID. DEINLIN, *loc. mem.* ac Io. CHRIST. KOCHIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, p. 120.

§. XVII.

Si ſolum fratrum; vel ſororum adſunt liberi, in capita succedunt.

1) Ius repraeſentationis, quod ſucceſſionem in capita efficit, eſt extraordinarium; nec vnquam admitti poteſt; niſi claris legis verbis eſt introductum; illud vero haud adprobatur, vbi fratrum liberi ſolum concurrunt. 2) Secundum ius vetus in capita ſucceſſerunt; illud autem non eſt abrogatum. 3) IVSTINIANVS *nou.* CXVIII. *cap.* 3. *vers. ſed et ipſis* claris verbis tunc demum ſucceſſionem in ſtirpes praecipit, vbi cum propriis ſuccedunt thiis ac per id ſimul tacite eam improbat, ſi thii haud concurrunt: immo 4) idem repetit *eod. cap. vers quando quidem* ac fratrum et ſororum liberos in propriorum parentum locum ſuccedere iubet, ſi cum iis, qui in ſecundo gradu ſunt, ad hereditatem vocentur. Tandem 4) illud concludimus ipſa ex hiſtoria iuris ſuccedendi ab inteſtato apud Romanos. Quum a fratribus aeque ac ſororibus eorum liberi penitus quondam excluderentur, *L.* 3. *C. de legit. hered.* reuera horum tantum conſulere voluit imperator rationibus, vbi ſimul eos admittere vellet. Quum illud ſemper ipſis per id contingeret beneficium, ſiue hoc; ſiue illo modo admitteret, non; niſi inſtirpes ſuccedere iubebat: immo aliter haud id ordinare poterat, ſi non voluerit ipſis fra-

tribus ac ſororibus extantibus praeiudicium verum inferre: ſed hoc haud amplius metuendum erat; ſi non exſtarent eiusmodi thii; neque vllo modo huno ad caſum iſta in lege imperator reſpicere poterat. Qui aduerſariam tuentur ſententiam, prouocant ad iniuriam, quam patiuntur plures ex eodem fratre nati liberi: rationem legis eamdem, quae in liberis adeſſe videatur: regulam, quae ſecundum *Nou.* CXVIII. *cap.* 3. omnes eos, qui non ſunt extra fratrum filios, iuri repraeſentationis ſubmittat atque excluſionem patruorum defuncti, per fratrum liberos etiam ſolos exiſtentes factam. Quoniam, vti conſtat, lege imperii ſententia, quam adoptaui, ſtabilita eſt, quaeſtio haec, quam illa tangit, inter recentiores haud ſaepius in medium eſt prolata: eo maiori tamen ardore de eadem litigarunt iurisconſulti antiquiores, ita, vt veteres eam *obſcuriorem* eſſe traderent *Cimmeniis tenebris*. Pro iure repraeſentation inter ſolos fratrum; vel ſororum liberos pugnabat BARTOLVS atque ACCVRSIVS. Nec haud obſcure eius caſtra ſequitur REINH. BACHOVIVS, *ad Treutlerum, vol.* II. *diſp.* XVI. *theſ.* V. *litt.* B. *vol.* II. *part.* I. p. 1051. ARNOLD. VINNIVS, *ſelect. quaeſt. libr.* II. *cap.* 30. VALENT. FORSTERVS, *de ſucceſſionibus, libr.* VIII *cap.* 9. SAM. COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVIII. *tit.* XV. qu. 5. ac PETR. DE TOVLIEV, *diſſ. de ſucceſſione filiorum fratrum ad Nou.* CXVIII. *cap.* 3. in eius *collectan*, p. 352. ſqq. ſed ei ſeſe oppoſuit Azo eiusue adſeclae ſunt SAM. STRYCKIVS, *diſſ. de ſucceſſ. ab inteſtato*, *cap.* I. §. IX. p. 196. OSWALD. HILLIGER in *Donello enucleato*, *libr.* IX. *cap.* 4. CHRIST. PHIL. RICHTER *de ſucc. ab inteſtato*, *ſect.* I. *cap.* 10. VOETIVS *comm. ad pand. libr.* XXXVIII. *tit.* XVII. §. 16. GEORG. CHRIST. GVIL. VOELKERVS *diſſ. de ſucceſſione collateralium tertii gradus*, quam meis ſub auſpiciis CIↃIↃCCLXXXIII. defendit, §. VI. p. 14. ac CHRIST. FRID.

FRID. GLVCKIVS *comm. de fratrum germanorum liberis eo in casu, vbi ab initio frater defuncti germanus adfuit, ex iure repraesentationis in stirpes succedentibus, tom.* IV. *opuscular.* p. 154. atque innumeri alii: iis autem iungimus CHRIST. GMELIN *diss. historiam repraesentationis ex iure ciuili Romano exhibente*, Tubingae, CIↃIↃCCLXXXVII.

§. XVIII.

Si vnilaterales diuersi generis, videlicet consanguinei et vterini, ad hereditatem collateralis vocantur, distinctio bonorum ita est instituenda, vt bona, a patre ad defunctum delata, ad consanguineum; ea vero, quae a matre accepit, ad vterinum perueniant.

Iure antiquiori id obtinuisse, certum est et liquet ex *L.* 13. *§.* 2. *C. de leg. hered.* ac *Nouell.* LXXXIV. *cap.* 2. qua prior denuo confirmata est. Id vero derogatum haud est iure recentiori, ideoque illud etiam adhuc saluum manet. Qui contrarium putant, nouellam modo memoratam sublatam esse censent *nou.* CXVIII. quod generatim *cap.* 3. existentibus germanis ac germanorum liberis vocentur ad hereditatem fratres vnilaterales; nec adiiciatur, diuersitatis bonorum rationem habendam esse. Ita REINH. BACHOVIVS, *vol.* II. *disp.* 16. *thes.* 5. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VI. *controu. cap.* 5. PETR. BARBOSA, ad *L.* 41. *D. sol. matr.* ac Io. VOETIVS, *comm. ad dig. libr.* XXXVIII. *tit.* 17. consent. Nobiscum conspirant DAVID. MEVIVS, *ad ius Lubec. part.* II. *tit.* II. *art.* 20. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* XII. *def.* 1. ANDR. TIRAQVELLVS, *de retractu*, §. XIV. Io. BRVNNEMANNVS, *consil.* CXII. *num.* 2. SAM. STRYCKIVS *de succ. ab intest. diss.* III. *cap.* 1. §. 22. ac FRID. ES. PVFENDORF-

A nobis alieni sunt; verumtamen diuersas in sententias distrahuntur HARTMANNVS, *obs. pract. libr.* II. *tit.* XLIII. *obs.* 12. HYDBRIC. ab EYBEN, *obs. pract. ad instit. diss.* XII. *obs.* 14. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* I. *decis.* 94. GEORG. FRID. DEINLIN *diss. de dubiis quibusdam in successione ab intestato collateral. in capita*, §. IX. Io. ad SOMMEREN, *tract. de repraesentatione*, *cap.* III. *sect.* I. §. IX. AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCCXXIII. *med.* 4. et Io. CHRIST. KOCHIVS, *de succes. ab intestato*, p. 125. *edit. nouiss.* ac his tandem accessit CHRIST. FRID. GLVCKIVS *comm. de fratrum germanorum liberis eo in casu, vbi ab initio frater defuncti germanus adfuit, qui tamen deinde vel ante aditam hereditatem decessit; vel hereditatem spreuit, ex iure repraesentationis in stirpes succedentibus*, *tom.* IV. *opusculor.* p. 151. sqq.

§. XX.

Marito inopi ex vxoris diuitis hereditate quarta competit.

1) Reciproca sunt successionum iura, ex *L.* II. *C. commun. de succes.* praeterea autem 2) imperator propositionem ipse mirum in modum corroborat *Nouell.* LIII. *cap. fin.* vbi successio illa, vxori alioquin iure Romano adsignata, etiam ad maritum extenditur; qui vero contrarium adfirmant, putant nouellam hanc abrogatam esse per *Nouell.* CXVII. *cap.* 5. atque *authent. praeterea C. vnde vir. et vxor.* Dissentiunt IAC. CVIACIVS *ad Nouell.* LIII. CONRAD. RITTERSHVSIVS, *ad Nouell. part.* VII. *cap.* 7. PETR. GVDELINVS, *de iur. nouiss. libr.* II. *cap.* LVI. nostram vero sententiam probant: ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 88. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *ex.* XXXVIII. *thes.* 38. MATTH. BERLICH, *part.* III. *concluss.* 16. *num.* 30. IVST. HENNING. BOEHMER *consult. et resp.*

tom.

Digitized by Google

tom. II. *part,* II. *reſp.* 588. Io. SCHILTER, *ex.* XLI. §. 79. *concluſ.* 9. atque auctores *der Meditat. über. verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. p. 224.

§. XXI.

Si coniuges simul pereant et ob hereditatem, quae ad ſuperstitem peruenit, iam quaestio in medium profertur, quis primum mortuus sit, haud praesumendum est, vxorem ante maritum decessisse.

Vbi non adeſt lex, qua nitatur iuris praeſumtio, ibi nec illam ſtatuere poſſumus. Adeſſe legem negamus ideoque etiam praeſumtionem. Contrarium deduci ſolet ex *L.* 10. §. 3. *D. de adim. vel transferend. legat.* nec negandum eſt, quaeſtionem eſſe, quae profecto omnino attentionem meretur, ſi inter eiusmodi coniuges reciproca obtineat ſucceſſio, ſiue illa ex pactis dotalibus proficiſcatur; ſiue ex lege. Neque minus eo nomine notatu eſt dignum, quod ſcabini Lipſienſes, obſeruante BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* 12. eiusmodi praeſumtionem probarent; ſed illam praeter MENOCHIVM reiicerent Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 10. *D. de adim. vel transferend. leg.* ac Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. ex.* XXXIX. §. CXV. p. 646.

§. XXII.

Quaecunque conferre debent heredes sui, ea conferre quoque debent emancipati.

1) Poſtquam ſublata eſt differentia, quae in ſucceſſione ipſorum inter ſuos quondam fuit atque emancipatos: ceſſat quoque differentia, quae inter vtrosque in collatione bonorum reperiebatur, ex *L.* 2. §. 5. *D.* de

A nobis alieni sunt; verumtamen diuersas in sententias distrahuntur HARTMANNVS, *obs. pract. libr.* II. *tit.* XLIII. *obs.* 12. HVDERIC. ab EYBEN, *obs. pract. ad instit. diss.* XII. *obs.* 14. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* I. *decis.* 94. GEORG. FRID. DEINLIN *diss. de dubiis quibusdam in successione ab intestato collateral. in capita*, §. IX. Io. ad SOMMEREN, *tract. de repraesentatione*, *cap.* III. *sect.* I. §. IX. AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCCXXIII. *med.* 4. et Io. CHRIST. KOCHIVS, *de success. ab intestato*, p. 125. *edit. nouiss.* ac his tandem accessit CHRIST. FRID. GLVCKIVS *comm. de fratrum germanorum liberis eo in casu, vbi ab initio frater defuncti germanus adfuit, qui tamen deinde vel ante aditam hereditatem decessit; vel hereditatem spreuit, ex iure repraesentationis in stirpes succedentibus*, *tom.* IV. *opusculor.* p. 151. sqq.

§. XX.

Marito inopi ex vxoris diuitis hereditate quarta competit.

1) Reciproca sunt successionum iura, ex *L.* II. *C. commun. de success.* praeterea autem 2) imperator propositionem ipse mirum in modum corroborat *Nouell.* LIII. *cap. fin.* vbi successio illa, vxori alioquin iure Romano adsignata, etiam ad maritum extenditur; qui vero contrarium adfirmant, putant nouellam hanc abrogatam esse per *Nouell.* CXVII. *cap.* 5. atque *authent. praeterea C. vnde vir. et vxor.* Dissentiunt IAC. CVIACIVS *ad Nouell.* LIII. CONRAD. RITTERSHVSIVS, *ad Nouell. part.* VII. *cap.* 7. PETR. GVDELINVS, *de iur. nouiss. libr.* II. *cap.* LVI. nostram vero sententiam probant: ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 88. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *ex.* XXXVIII. *thes.* 38. MATTH. BERLICH, *part.* III. *conclus.* 16. *num.* 30. IVST. HENNING. BOEHMER *consult. et resp. tom.*

tom. II. *part.* II. *reſp.* 588. Io. SCHILTER, *ex.* XLI. §. 79. *concluſ.* 9. atque auctores *der Meditat. über. verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* IV. p. 224.

§. XXI.

Si coniuges simul pereant et ob hereditatem, quae ad ſuperstitem peruenit, iam quaestio in medium profertur, quis primum mortuus sit, haud praesumendum est, vxorem ante maritum decessisse.

Vbi non adeſt lex, qua nitatur iuris praeſumtio, ibi nec illam ſtatuere poſſumus. Adeſſe legem negamus ideoque etiam praeſumtionem. Contrarium deduci ſolet ex *L.* 10. §. 3. *D. de adim. vel transferend. legat.* nec negandum eſt, quaeſtionem eſſe, quae profecto omnino attentionem meretur, ſi inter eiusmodi coniuges reciproca obtineat ſucceſſio, ſiue illa ex pactis dotalibus proficiſcatur; ſiue ex lege. Neque minus eo nomine notatu eſt dignum, quod ſcabini Lipſienſes, obſeruante BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* 12. eiusmodi praeſumtionem probarent; ſed illam praeter MENOCHIVM reiicerent Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 10. *D. de adim. vel transferend. leg.* ac Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. ex.* XXXIX. §. CXV. p. 646.

§. XXII.

Quaecunque conferre debent heredes sui, ea conferre quoque debent emancipati.

1) Poſtquam ſublata eſt differentia, quae in ſucceſſione ipſorum inter ſuos quondam fuit atque emancipatos: ceſſat quoque differentia, quae inter vtrosque in collatione bonorum reperiebatur, ex *L.* 2. §. 5. *D.* *de*

A nobis alieni sunt; verumtamen diuersas in sententias distrahuntur HARTMANNVS, *obs. pract. libr.* II. *tit.* XLIII. *obs.* 12. HYDERIC. ab EYBEN, *obs. pract. ad instit. diss.* XII. *obs.* 14. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* I. *decis.* 94. GEORG. ERID. DEINLIN *diss. de dubiis quibusdam in successione ab intestato collateral. in capita*, §. IX. Io. ad SOEMEREN, *tract. de repraesentatione*, *cap.* III. *sect.* I. §. IX. AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCCXXIII. *med.* 4. et Io. CHRIST. KOCHIVS, *de success. ab intestato*, p. 125. *edit. nouiss.* ac his tandem accessit CHRIST. FRID. GLVCKIVS *comm. de fratrum germanorum liberis eo in casu, vbi ab initio frater defuncti germanus adfuit, qui tamen deinde vel ante aditam hereditatem decessit; vel hereditatem spreuit, ex iure repraesentationis in stirpes succedentibus*, *tom.* IV. *opusculor.* p. 151. sqq.

§. XX.

Marito inopi ex vxoris diuitis hereditate quarta competit.

1) Reciproca sunt successionum iura, ex *L.* II. *C. commun. de succes.* praeterea autem 2) imperator propositionem ipse mirum in modum corroborat *Nouell.* LIII. *cap. fin.* vbi successio illa, vxori alioquin iure Romano adsignata, etiam ad maritum extenditur; qui vero contrarium adfirmant, putant nouellam hanc abrogatam esse per *Nouell.* CXVII. *cap.* 5. atque *authent. praeterea C. vnde vir. et vxor.* Dissentiunt IAC. CVIACIVS *ad Nouell.* LIII. CONRAD. RITTERSHVSIVS, *ad Nouell. part.* VII. *cap.* 7. PETR. GVDELINVS, *de iur. nouiss. libr.* II. *cap.* LVI. nostram vero sententiam probant: ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 88. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *ex.* XXXVIII. *thes.* 38. MATTH. BERLICH, *part.* III. *concluss.* 16. *num.* 30. IVST. HENNING. BOEHMER *consult. et resp.*

tom.

tom. II. *part.* II. *resp.* 588. Io. SCHILTER, *ex.* XLI. §. 79. *concluſ.* 9. atque auctores *der Meditat. über. verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* IV. p. 224.

§. XXI.

Si coniuges simul pereant et ob hereditatem, quae ad ſuperstitem peruenit, iam quaestio in medium profertur, quis primum mortuus sit, haud praesumendum est, vxorem ante maritum decessisse.

Vbi non adeſt lex, qua nitatur iuris praeſumtio, ibi nec illam ſtatuere poſſumus. Adeſſe legem negamus ideoque etiam praeſumtionem. Contrarium deduci ſolet ex *L.* 10. §. 3. *D. de adim. vel transferend. legat.* nec negandum eſt, quaeſtionem eſſe, quae profecto omnino attentionem meretur, ſi inter eiusmodi coniuges reciproca obtineat ſucceſſio, ſiue illa ex pactis dotalibus proficiſcatur; ſiue ex lege. Neque minus eo nomine notatu eſt dignum, quod ſcabini Lipſienſes, obſeruante BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* 12. eiusmodi praeſumtionem probarent; ſed illam praeter MENOCHIVM reiicerent Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 10. *D. de adim. vel transferend. leg.* ac Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. ex.* XXXIX. §. CXV. p. 646.

§. XXII.

Quaecunque conferre debent heredes sui, ea conferre quoque debent emancipati.

1) Poſtquam ſublata eſt differentia, quae in ſucceſſione ipſorum inter ſuos quondam fuit atque emancipatos: ceſſat quoque differentia, quae inter vtrosque in collatione bonorum reperiebatur, ex *L.* 2. §. 5. *D.* de

A nobis alieni sunt; verumtamen diuersas in sententias distrahuntur HARTMANNVS, *obs. pract. libr.* II. *tit.* XLIII. *obs.* 12. HVBERIC. ab EYBEN, *obs. pract. ad instit. diss.* XII. *obs.* 14. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* I. *decis.* 94. GEORG. FRID. DEINLIN *diss. de dubiis quibusdam in successione ab intestato collateral. in capita*, §. IX. Io. ad SOMMEREN, *tract. de repraesentatione*, *cap.* III. *sect.* I. §. IX. AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCCXXIII. *med.* 4. et Io. CHRIST. KOCHIVS, *de succeff. ab intestato*, p. 125. *edit. nouiss.* ac his tandem accessit CHRIST. FRID. GLVCKIVS *comm. de fratrum germanorum liberis eo in casu, vbi ab initio frater defuncti germanus adfuit, qui tamen deinde vel ante aditam hereditatem decessit; vel hereditatem spreuit, ex iure repraesentationis in stirpes succedentibus*, *tom.* IV. *opuscular.* p. 151. sqq.

§. XX.

Marito inopi ex vxoris diuitis hereditate quarta competit.

1) Reciproca sunt successionum iura, ex *L.* II. *C. commun. de succeff.* praeterea autem 2) imperator propositionem ipse mirum in modum corroborat *Nouell.* LIII. *cap. fin.* vbi successio illa, vxori alioquin iure Romano adsignata, etiam ad maritum extenditur; qui vero contrarium adfirmant, putant nouellam hanc abrogatam esse per *Nouell.* CXVII. *cap.* 5. atque *authent. praeterea C. vnde vir. et vxor.* Dissentiunt IAC. CVIACIVS *ad Nouell.* LIII. CONRAD. RITTERSHVSIVS, *ad Nouell. part.* VII. *cap.* 7. PETR. GVDELINVS, *de iur. nouiss. libr.* II. *cap.* LVI. nostram vero sententiam probant: ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 88. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *ex.* XXXVIII. *thes.* 38. MATTH. BERLICH, *part.* III. *concluf.* 16. *num.* 30. IVST. HENNING. BOEHMER *consult. et resp.*

tom.

tom. II. *part.* II. *resp.* 588. Io. SCHILTER, *ex.* XLI. §. 79. *concluſ.* 9. atque auctores *der Meditat. über. verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* IV. p. 224.

§. XXI.

Si coniuges simul pereant et ob hereditatem, quae ad ſuperstitem peruenit, iam quaestio in medium profertur, quis primum mortuus sit, haud praesumendum est, vxorem ante maritum decessisse.

Vbi non adeſt lex, qua nitatur iuris praeſumtio, ibi nec illam ſtatuere poſſumus. Adeſſe legem negamus ideoque etiam praeſumtionem. Contrarium deduci ſolet ex *L.* 10. §. 3. *D. de adim. vel transferend. legat.* nec negandum eſt, quaeſtionem eſſe, quae profecto omnino attentionem meretur, ſi inter eiusmodi coniuges reciproca obtineat ſucceſſio, ſiue illa ex pactis dotalibus proficiſcatur; ſiue ex lege. Neque minus eo nomine notatu eſt dignum, quod ſcabini Lipſienſes, obſeruante BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* 12. eiusmodi praeſumtionem probarent; ſed illam praeter MENOCHIVM reiicerent Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 10. *D. de adim. vel transferend. leg.* ac Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. ex.* XXXIX. §. CXV. p. 646.

§. XXII.

Quaecunque conferre debent heredes sui, ea conferre quoque debent emancipati.

1) Poſtquam ſublata eſt differentia, quae in ſucceſſione ipſorum inter ſuos quondam fuit atque emancipatos: ceſſat quoque differentia, quae inter vtrosque in collatione bonorum reperiebatur, ex *L.* 2. §. 5. *D.* *de*

tribus ac sororibus extantibus praeiudicium verum inferre: sed hoc haud amplius metuendum erat; si non exstarent eiusmodi thii; neque vllo modo huno ad casum ista in lege imperator respicere poterat. Qui aduersariam tuentur sententiam, prouocant ad iniuriam, quam patiuntur plures ex eodem fratre nati liberi: rationem legis eamdem, quae in liberis adesse videatur: regulam, quae secundum *Nou.* CXVIII. *cap.* 3. omnes eos, qui non sunt extra fratrum filios, iuri repraesentationis submittat atque exclusionem patruorum defuncti, per fratrum liberos etiam solos existentes factam. Quoniam, vti constat, lege imperii sententia, quam adoptaui, stabilita est, quaestio haec, quam illa tangit, inter recentiores haud saepius in medium est prolata: eo maiori tamen ardore de eadem litigarunt iurisconsulti antiquiores, ita, vt veteres eam *obscuriorem* esse tradereut *Cimmeniis tenebris*. Pro iure repraesentation inter solos fratrum; vel sororum liberos pugnabat BARTOLVS atque ACCVRSIVS. Nec haud obscure eius castra sequitur REINH. BACHOVIVS, *ad Treutlerum, vol.* II. *disp.* XVI. *thes.* V. *litt.* B. *vol.* II. *part.* I. p. 1051. ARNOLD. VINNIVS, *select. quaest. libr.* II. *cap.* 30. VALENT. FORSTERVS, *de successionibus, libr.* VIII *cap.* 9. SAM. COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVIII. *tit.* XV. qu. 5. ac PETR. DE TOVLLIEV, *diss. de successione filiorum fratrum ad Nou.* CXVIII. *cap.* 3. in eius *collectan*, p. 352. sqq. sed ei sese oppósuit AZO eiusue adsectae sunt SAM. STRYCKIVS, *diss. de succes. ab intestato*, *cap.* I. §. IX. p. 196. OSWALD. HILLIGER in *Donello enucleato*, *libr.* IX. *cap.* 4. CHRIST. PHIL. RICHTER *de succ. ab intestato*, *sect.* I. *cap.* Io. VOETIVS *comm. ad pand. libr.* XXXVIII. *tit.* XVII. §. 16. GEORG. CHRIST. GVIL. VOELKERVS *diss. de' successione collateralium tertii gradus*, quam meis sub auspiciis cIↃIↃCCLXXXIII. defendit, §. VI. p. 14. ac CHRIST.

FRID.

FRID. GLVCKIVS *comm. de fratrum germanorum liberis eo in casu, vbi ab initio frater defuncti germanus adfuit, ex iure repraesentationis in stirpes succedentibus, tom.* IV. *opuscular.* p. 154. atque innumeri alii: iis autem iungimus CHRIST. GMELIN *diss. historiam repraesentationis ex iure ciuili Romano exhibente*, Tubingae, CIↃIↃCCLXXXVII.

§. XVIII.

Si vnilaterales diuersi generis, videlicet consanguinei et vterini, ad hereditatem collateralis vocantur, distinctio bonorum ita est instituenda, vt bona, a patre ad defunctum delata, ad consanguineum; ea vero, quae a matre accepit, ad vterinum perueniant.

Iure antiquiori id obtinuisse, certum est et liquet ex *L.* 13. *§.* 2. *C. de leg. hered.* ac *Nouell.* LXXXIV. *cap.* 2. qua prior denuo confirmata est. Id vero derogatum haud est iure recentiori, ideoque illud etiam adhuc saluum manet. Qui contrarium putant, nouellam modo memoratam sublatam esse censent *nou.* CXVIII. quod generatim *cap.* 3. existentibus germanis ac germanorum liberis vocentur ad hereditatem fratres vnilaterales; nec adiiciatur, diuersitatis bonorum rationem habendam esse. Ita REINH. BACHOVIVS, *vol.* II. *disp.* 16. *thes.* 5. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VI. *controu. cap.* 5. PETR. BARBOSA, ad *L.* 41. *D. sol. matr.* ac Io. VOETIVS, *comm. ad dig. libr.* XXXVIII. *tit.* 17. consent. Nobiscum conspirant DAVID. MEVIVS, *ad ius Lubec. part.* II. *tit.* II. *art.* 20. BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* XII. *def.* 1. ANDR. TIRAQVELLVS, *de retractu*, *§.* XIV. Io. BRVNNEMANNVS, *consil.* CXII. *num.* 2. SAM. STRYCKIVS *de succ. ab intest. diss.* III. *cap.* I. *§.* 22. ac FRID. ES. PVFENDORF-

DIVS, *obſ. iuris vniuerſi, tom.* II. *obs.* 78. mediam autem viam inter vtrosque eligere videtur AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCXXIII. *med.* 2.

§. XIX.

Renunciare licet fratri hereditati, vt perueniant ad illam eius liberi hique cum conſobrinis in capita; nec in ſtirpes ſuccedant.

Concludimus illud 1) ex eo, quod renunciatio ſit permiſſa ac proximiore hereditatem repudiante ad illam vocetur remotior, vti clare cautum eſt §. 5. *I. de bonor. poſſeſſ.* 2) Sancitum eſt *L.* 6. *D. quae in fraudem creditorum*, renunciare poſſe debitorem obaeratum hereditati delatae, vt perueniat ad ipſius liberos; neque eam occupare liceat creditoribus ac per id renunciatio talis hereditas valida declaratur, licet tertio noceat ac in liberorum tendat fauorem; hoc vero poſito idem quoque exiſtimandum eſt tali de renunciatione. Si 3) ordo ac modus determinandus in ſucceſſione, vbi facta eſt repudiatio, eius proximitatis heredum ratio eſt habenda, quae obtinet, quum repudiatio fit hereditatis, clara ſunt verba *L.* 2. §. 6. *D. de ſuis et legitimis heredibus:* hoc vero poſito omnino frater defuncti renuncians efficere poteſt, vt liberis eius magis proficua ſit ſucceſſio, quae fit in capita. Haec ſunt argumenta, quibus mea ſententia corrobatur de quaeſtione, quae maxime omni tempore fuit controuerſa atque adhuc litigioſa; plura tamen ei opponi, haud negari poteſt. Statuitur 1) aequitati naturali haud conuenire, quod fratri permittatur, hoc modo reliquorum fratrum liberos maxima hereditatis parte priuare: 2) id, quod in fraudem fiat legis, haud valere hancque renunciationem in fraudem legis fieri: 3) eiusmodi renunciationem eſſe doloſam ne-

mi-

neminemque 4) fieri debere cum alterius detrimento locupletiorem ac tandem iuri tertii omnino talem renunciationem nocere; illud autem semper saluum esse debere in qualibet renunciatione ac 5) secundum ius antiquum proximiore renunciante gradum sequentem haud admitti ac licet postea sit id immutatum, ius repraesentationis ita esse introductum, vt quoque hoc in casu successio in stirpes obtineat ac quoniam legitimae successioni cohaereat, sit irreuocabile; nec minus 6) ordinarie, vno herede deficiente, locum habeat ius adcrescendi atque illud quoque haud iam patiatur successionem liberorum renunciantis vna cum ipsorum consobrinis in capita. Verumtamen plura adhuc sunt, quae contra sententiam nostram proferuntur, quod videlicet 7) fratrum prae defunctorum liberis ius, succedendi patruo per repraesentationem, ab eo momento, quoipsorum patruus vitam cum morte commutauit, ita competat, vt, tanquam ius quaesitum, iis per factum patrui superstitis repudiantis haud possit adimi ac si 8) quoque iure renunciatio fieri possit; nepotes, seu liberi patrui renunciantis eum viuum repraesentare nequeunt eiusue in locum haud succedant; sed potius eius portio pro vacante sit habenda ideoque reliquis fratrum liberis exclusis consobrinis ipsius, cuius pater renunciauit, adcrescat ac hoc loco successorium edictum locum haud habeat ac viuentis nulla sit repraesentatio. Inter eos, qui renunciantem putant consequi, quod intendat, nominandus est: Io. Andr. Hannesen, *de computat. graduum, part.* III. *sect.* III. §. 123. Idem existimant Sam. Stryckivs, *de successione ab intestato, diss.* III. *cap.* I. *§.* II. Ivst. Henning. Boehmervs, *tract. de ordine succedendi, cap.* IV. *membr.* I. §. 6. ac Lvd. Gottfr. Madihn, *in principiis iuris Rom. part.* IV. *theoriam de iure Romano continente, cap.* I. *sect.* I. *membr.* II. *§.* 46. *not.* 6. p. 55. A

nobis

A nobis alieni ſunt; verumtamen diuerſas in ſententias diſtrahuntur HARTMANNVS, *obſ. pract. libr.* II. *tit.* XLIII. *obſ.* 12. HVBERIC. ab EYBEN, *obſ. pract. ad inſtit. diſſ.* XII. *obſ.* 14. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* I. *decis.* 94. GEORG. FRID. DREILIN *diſſ. de dubiis quibusdam in ſucceſſione ab inteſtato collateral. in capita*, §. IX. Io. ad SOMMEREN, *tract. de repraeſentatione*, cap. III. *ſect.* I. §. IX. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCXXIII. *med.* 4. et Io. CHRIST. KOCHIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, p. 125. *edit. nouiſſ.* ac his tandem acceſſit CHRIST. FRID. GLVCKIVS *comm. de fratrum germanorum liberis eo in caſu, vbi ab initio frater defuncti germanus adfuit, qui tamen deinde vel ante aditam hereditatem deceſſit; vel hereditatem ſpreuit, ex iure repraeſentationis in ſtirpes ſuccedentibus*, *tom.* IV. *opuscular.* p. 151. ſqq.

§. XX.

Marito inopi ex vxoris diuitis hereditate quarta competit.

1) Reciproca ſunt ſucceſſionum iura, ex *L.* II. *C. commun. de ſucceſſ.* praeterea autem 2) imperator propoſitionem ipſe mirum in modum corroborat *Nouell.* LIII. *cap. fin.* vbi ſucceſſio illa, vxori alioquin iure Romano adſignata, etiam ad maritum extenditur; qui vero contrarium adſirmant, putant nouellam hanc abrogatam eſſe per *Nouell.* CXVII. *cap.* 5. atque *authent. praeterea C. vnde vir. et vxor.* Diſſentiunt IAC. CVIACIVS *ad Nouell.* LIII. CONRAD. RITTERSHVSIVS, *ad Nouell. part.* VII. *cap.* 7. PETR. GVDELINVS, *de iur. nouiſſ. libr.* II. *cap.* LVI. noſtram vero ſententiam probant: ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 88. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *ex.* XXXVIII. *theſ.* 38. MATTH. BERLICH, *part.* III. *concluſ.* 16. *num.* 30. IVST. HENNING. BOEHMER *conſult. et reſp.*

tom.

tom. II. *part.* II. *resp.* 588. Io. SCHILTER, *ex.* XLI. §. 79. *concluſ.* 9. atque auctores *der Meditat. über. verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. p. 224.

§. XXI.

Si coniuges simul pereant et ob hereditatem, quae ad ſuperstitem peruenit, iam quaestio in medium profertur, quis primum mortuus sit, haud praesumendum est, vxorem ante maritum decessisse.

Vbi non adeſt lex, qua nitatur iuris praeſumtio, ibi nec illam ſtatuere poſſumus. Adeſſe legem negamus ideoque etiam praeſumtionem. Contrarium deduci ſolet ex *L.* 10. §. 3. *D. de adim. vel transferend. legat.* nec negandum eſt, quaeſtionem eſſe, quae profecto omnino attentionem meretur, ſi inter eiusmodi coniuges reciproca obtineat ſucceſſio, ſiue illa ex pactis dotalibus proficiſcatur; ſiue ex lege. Neque minus eo nomine notatu eſt dignum, quod ſcabini Lipſienſes, obſeruante BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* XVII. *def.* 12. eiusmodi praeſumtionem probarent; ſed illam praeter MENOCHIVM reiicerent Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 10. *D. de adim. vel transferend. leg.* ac Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. ex.* XXXIX. §. CXV. p. 646.

§. XXII.

Quaecunque conferre debent heredes sui, ea conferre quoque debent emancipati.

1) Poſtquam ſublata eſt differentia, quae in ſucceſſione ipſorum inter ſuos quondam fuit atque emancipatos: ceſſat quoque differentia, quae inter vtrosque in collatione bonorum reperiebatur, ex *L.* 2. §. 5. *D.* *de*

de collat. bonor. 2) Tradunt id *L.* 17. *et* 19. *C. de collat.* nec non *Nouella* XVIII. *cap.* 6. clare. Aliud ſtatuunt, qui dotem ſolum et donationem propter nuptias; minime autem reliqua bona emancipatos conferre, exiſtimant, quod imperator LEO, *L.* 17. *C. de collat.* ea, quae contineantur *L.* 1. §. *vlt. L.* 2. §. 5. *D.* ac *L.* 9. *C. de collat.* claris verbis adprobauerit, videlicet Azo in *ſumm. C. de collat.* GEORG. ADAM. BRVNNERVS, *de collation. cap.* III. *num.* 41. HENR. ZOESIVS, *comment. digeſtor. de collat. num.* 11. HENRIC. BOCERIVS, *de collat. bonor. theſ.* XIII. Sed noſtram probant ſententiam GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXVII. *theſ.* 24. CONRAD. RITTERSHVSIVS *iur. nouell. part.* VII. *cap.* 22. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ.* XI. *cap.* 11. §. 7. ac IO. AD. BECKIVS, *de collat. bonor. cap.* 2. §. 2. p. 8.

§. XXIII.

Donatio simplex, a parentibus facta, non est conferenda.

Si donatio fit a parentibus liberis, fit vel ſuis; vel emancipatis. Si ſit liberis ſuis, prius haud valida fit; quam ſi morte illa confirmetur, *L.* 25. *C. de donat. inter vir. et vxorem.* Hoc ſi eſt certum, nec antea ea, quae filiofamilias donantur, ipſi adquiruntur; quae autem liberis poſt mortem adquiruntur, haud ſunt conferenda, ob *L.* 2. *pr.* §. 1. *D.* ac *L.* 6. *C. de collat.* Eiusmodi itaque donationes haud ſunt conferendae; neque vero collationi ſubiectae ſunt donationes, emancipatis factae. Quae enim 1) filiae nomine a patre ſunt comparata, id eſt illi donata, tanquam praecipua ei adiudicanda ſunt, ſecundum *L.* 18. *D. de collation.* Quid? quod 2) IVSTINIANVS, *L.* 20. *C. de collat.* regulam tradit, donationem ſimplicem haud eſſe conferen-

ferendam. Exceptiones quidem continet haec lex, quibus donatio ſimplex quoque conferre debeat; quis vero neſcit, exceptionem in caſibus non exceptis regulae eſſe firmamentum? Aliud ſtatuunt iurisconſulti magni nominis et quidem ob *L.* 1. §. 23. *D. de collationibus* de omnibus donationibus, ſiue ſint factae emancipatis; ſiue ſuis ac de iis, quae fiunt emancipatis ob id, quod *L.* 17. *C. de donat.* ſit cautum; neque recentiore quadam lege ſublatum; neque minus ob eam differentiam, quae in donationibus inter ſuos atque emancipatos obtinet, quum donatio his facta ſtatim rata ſit; nec morte demum patris conualeſcat ac collatio illius emancipatis iam a praetore ſit praeſcripta DION. GOTHOFREDVS, *not. ad L.* 20. *C. de collat.* ANDR. FACHINAEVS, *libr.* v. *controu.* 77. *et libr.* XIII. *cont.* 17. HENR. ZOESIVS, *ad tit. de collation. num.* 33. HVG. DONELLVS, *libr.* IX. *cap.* 5. DAV. MEVIVS, *conſ.* XCIV. *num.* 60. Io. SCHILTERVS, *exerc.* XLI. §. 17. AVG. LEYSERVS, *ſpecim.* CCCCX. *med.* 1. et Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVS, *compend. dig. libr.* XXXVI. *tit.* VI. §. 5. p. 291. ſed noſtram comprobant ſententiam PAVL. CHRISTINAEVS, *vol.* 1. *deciſ.* 178. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. tit. de collat.* §. 17. Io. AD. BECKIVS, *de iure coll. cap.* 4 p. 370. Io. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XXXVII. *tit.* VI. *quaeſt.* 2 p. 684.

§. XXIV.

Arrha a parentibus filio; ſeu filiae data ad ineunda ſponſalia data non est conferenda.

Si quis eum in finem accipit arrham, illam non retinet; ſed alteri perſonae deſponſatae dat eiusque in dominium tranſit; vbi autem hoc euenit, filius reuera locu-

locupletior haud fit ideoque nec collatio obtinet: 2) Donatio ſimplex non eſt ſubiecta collationi atque inter illas donationes quoque numeratur arrha; huic vero ſententiae opponitur, quod ſi quoque alteri perſonae deſponſatae traditur, per eam aliam arrham ſibi adquirat ideoque omnino eius patrimonium augeatur. Diſſentiunt BENED. CARPZOVIVS *part.* III. *conſt.* II. *def.* 12. GEORG. AD. STRVVIVS ex. XXXVII. *theſ.* 43. Io. HEESERVS, de *bonor. commun. part.* II. *loc.* 24. *num.* 42. NIC. CHRIST. LYNCKER, *dec.* LXXV. ac SAM. STRYCKIVS, de *ſucceſſ. ab inteſtat. diſſ.* XI. *cap.* 4. §. 11. Sed noſtra ſententia eſt ea, quam quoque fouet Io. AD. BECKIVS de *collat. bonor. cap.* III. §. 37. p. 902.

§. XXV.

Poena a patre pro filio; vel filia ſoluta vna cum aliis ſumtibus eius pro delictis ſolutis collationi et ſubiecta.

Si pater hoc modo quidquam ſoluit pro filio, pro mera liberalitate haud eſt habendum. 2) Poena adſtricta eſt ad eum, qui illam promeruit; vbi vero iam delinquens illam conferre haud deberet, eam ſolum pro parte tantum ſentiret. Si quoque 3) filius pecuniam iſtam non retinet; per eam tamen impedit; quominus eamdem haud ſoluat ex propriis facultatibus ideoque reuera illam lucratur; vbi autem hoc obtinet, sine dubio quoque collatio locum habet. Ob praeſumtionem, parentem poenam cum reliquis ſumtibus ex liberalitate ac cauſſa pietatis ſoluiſſe; neque minus ob id, quod illam pecuniam haud accipiat filius ideoque nec per eam locupletior fieri videatur, aliud placet BALDO *in authent.*

ex

ex teſtament. C. *de collat.* ac BENED. CARPZOVIO, *part.* III. *conſt.* XI. *def.* 25. ſed ab illis diſcedunt Io. BRVNNEMANNVS ad L. 2. D. *de collat.* ANT. PEREZ *ad cod. tit. de collat.* nr. 12. SAM. STRYCK de *ſucceſſ. ab inteſtato*, *diſſ.* XI *cap.* 4. GEORG. ADAM. STANNIVS, *exerc ad dig.* XXXVII. *theſ.* 28. et Io. AD. BECKIVS, *de collat. bonor. cap.* III. §. 45. p. 216.

§. XXVI.

Si nepos auo cum patris fratribus aut ſororibus ſuccedit, non ſolum ea, quae ab auo ipſe accepit; ſed etiam ea, quae eius pater defunctus ſortitus est, conferre debet; nec distinguere potest, vtrum heres patris sit; nec ne? atque vtrum tantum ex hereditate paterna peruenerit ad ipſum, quantum pater ab auo accepit; an id haud sit nactus?

Conſtat propoſitio haec quatuor membris. *Primum*, quod nepos ea conferre debeat, quae accepit ipſe ab auo, conſtat partim ex eo, quod ſit deſcendens ac de deſcendentibus generatim praeſumitur, eos aequaliter a defuncto dilectos eſſe; partim ex *L.* 17. *de collat.* Eadem ratione extra dubium poſitum eſt membrum *ſecundum*, quod etiam ea conferre debeat, quae pater accepit, quoniam nepos, ſi auo ſuccedere velit, in patris locum ſuccedat; ille autem, qui loco tertii iure quodam vti vult, omnia incommoda ferre debet, quae cum hoc iure ſi tertius eo vſus eſſet, fuiſſent coniuncta, *L.* 10. *et* 149. *D. de R. I.* Nepos, in patris locum ſuccedit, dum heres aui eſſe vult, ſiue ſit heres patris; ſiue eius ab hereditate abſtineat ideoque etiam

verum eſt membrum *tertium*, quod haud ſit diſtinguendum, vtrum nepos patris heres factus fuerit, nec ne? Si autem hoc nobis concedatur, neceſſe eſt, vt quoque nobis concedatur membrum *quartum*, haud intereſſe, num tantum peruenerit ad nepotem ex hereditate paterna, quantum pater ab auo acceperit, nec ne? in perſona ſucceſſoris defuncti obligatio, quatenus ille huic repraeſentat, non minuitur, *L. 2. §. 2. D. de V. O.* Quum duo poſteriora membra propoſitionis ea ſunt, quae haud adprobantur ab omnibus iurisconſultis, illi, quibus aliud placet, eam in dubium vocant, quod ii, qui a paterna hereditate abſtinent liberi ſint a collatione bonorum, ſecundum *L.* 25. *D. fam. erciſcundae*: hereditas aui a paterna ſit diſtinguenda nepotibusque licet, vni ſeſe immiſcere atque ab altera abſtinere; neque vnquam nepotes iure repraeſentationis; ſed iure proprio ſuccedant. Lis hac de quaeſtione quondam agitata fuit inter integra collegia, ita, vt ſcabini lenenſes quondam iam defenderent ſententiam, quam ego quoque amplexus ſum; iis autem contradicerent ſcabini Lipſienſes, vti obſeruat SCHILTERVS *prax. iuris Rom. ex* XLI *theſ.* 21. p. 589. Praeterea diſſentiunt REINH. BACHOVIVS, *ad Treutlerum, vol.* II. *diſp.* XVII. *theſ.* 3. BENED. CARPZOVIVS. *iurisprud. forenſ. libr.* III. *conſtit.* XI. *def.* 31. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſion. ab inteſtato, diſſ* X. *cap.* 2. p. 1120. ac GEBH. CHRIST. BASTINELLER, *diſſ. de nepote, patris conferenda ſi his non auctus ſit, non conferente*, Vitebergae CIↃIↃCCXXI. in noſtram autem ſententiam diſcedunt IO. SCHILTERVS, *exerc.* XLI. §. 21. PETR. MVLLERVS, *ad Strum. ex* XXXVII. *theſ.* 40. IO. ADAM. BECKIVS, *de collat. bonor. cap.* 2. p. 53 IO. BALTH. WERNHER, *de collat. nepotum aliisque iuris capitibus*, Vit.

Vit. CIↃIↃCCXXI. - Io. PAVLL. KRESSIVS, *diſp. de nepote ea, quae parens accepit, in vniuerſum conferente*, Helmſtadii CIↃIↃCCXXXII. ac Io. AVG. HELLFELDIVS, *diſſ. de transmiſſione iuris ſuccedendi anteceſſoris morte non delati*, §. XXVIII. in eius *opuſculis*, p. 459.

§. XXVII.

Vsuras rei conferendae a tempore mortis defuncti coheres conferens soluere debet.

1) Obligatio coheredis, res, quas a defunc oacce-pit, conferendi, eo a tempore incipit, quod non negare poſſumus, ſi conſideramus, ſecundum leges ſine diſcrimine tempus mortis inſpiciendum eſſe, vbi bona definiantur, quae ſunt conferenda, *L.* 6. 12 *et* 15 *C. de collat.* A quo tempore obligatio incipit conferendi, ab eo tempore conſtituitur ille, qui conferre quid debet, in mora; *L.* 5. §. 1. *D. de dot. collat.* initium autem morae initium quoque eſſe vſurarum, certum eſt. Quaecunque 2) res eſt hereditaria, a tempore mortis defuncti debentur heredibus collectiue ſumtis eius fructus. Res conferenda eſt res hereditaria, ideoque etiam eius fructus heredibus collectiue ſumtis ab eodem tempore competere. Introductum eſt. 3) collationis beneficium cum potiſſimum in finem, vt aequalitas obſeruetur, L. 17. *C. de collat.* Sed id haud obtinere poſſet, vbi non quoque id locum haberet de vsuris. Qui aliter ſentiunt, non minus ad L. 5. §. 1. *D. de collat.* prouocant, quoniam ibi ratio, cur vſurae in memorato caſu ſint praeſtandae, in mora ponitur. Cum his faciunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſtit.* XXX. *def.* 19. GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* XXVIII. §. 34. SAM.

STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato, diſſ.* XI. *cap.* 3. §. 8. ac Io. AD. BECKIVS, *de collat. bonorum*, *cap* III. §. 21. p. 185. Sed noſtram in ſententiam diſcedunt Io. HENR. BERGER, *oeconom. iuris*; *libr.* II. *tit.* IIII. *theſ.* 51. NIC. CHRISTOPH. L. B. DE LYNCKER, *reſolut.* 508. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVII. *tit.* VI. *quaeſt.* 6.

§. XXVIII.

Si quoque parentes ſumtus pro liberis factos, quia ab ipsis prius haud conferendi sint; quam si animo eos soluit, designauerint, per illud tamen solum eorum voluntas, istos in liberorum imputandi portionem hereditariam, probari nequit.

Conſtat ex L. 50. *D. famil. erciscundae* collationem eiusmodi ſumtuum liberis poſt mortem patris iniungi haud poſſe; niſi comprobatum fuerit, illos a patre animo credendi eſſe ſolutos: verum enimuero id haud probari poteſt ſola ex deſignatione, quoniam pluribus ex rationibus fieri potuit, vt illi deſignarentur; ii vero, qui perſuaſum habent ſufficere deſignationem ad iſtam probationem id adfirmant, quod praeſumendum eſſe credunt, eo animo credendi memoratam deſignationem eſſe factam. Lis hac de re inprimis agitata eſt inter BENED. CARPZOVIVM *iurisprud. for. part.* III. *conſt.* XI. *def.* 23. ac SAM. STRYCKIVM, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, *diſſ.* XI. *cap.* III. §. II. Huius caſtra ſequutus eſt Io. AD. BECKIVS *decollat. bonorum*, cap. IIII. §. 88. p. 358.

§. XII.

§. XXIX.

Vbi collatio locum habet; nec amplius res conferenda in natura exstat, fieri illa debet secundum pretium, quod habuit tempore mortis defuncti.

Quod de hereditate valet, valere quoque debet de rebus in illam conferendis; de ea autem iure clare est sancitum, quod temporis mortis eius in aestimatione ratio habenda sit, §. 3. *I. ad leg. Falcid.* Qui illud haud adprobant, vel ad tempus, quod vino patre heres rem accepit; vel illud, quo hereditas diuiditur, respiciunt, quumque horum in censum cadunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *const.* XI. *def.* 14. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* II. *dec.* 2. *num.* 7. GEORG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. tit. de collat.* §. 27. ac Io. AD. BECKIVS de *collat. bonor. cap.* V. §. 8. iis repugnant GEORG. AD. STREVVIVS *ex.* XXXVII. *thes.* 36 ac SAM. STRYCKIVS, *tract. de succeff. abinteſtato diff.* XI. *cap.* 5. §. 6.

§. XXX.

Non opus est, vt prohibitio collationis sit expressa; sed quoque tacita sufficit.

Quondam tacitam quoque admissam esse, ex *L.* 14. D. *de dote praeleg.* constat; huic vero legi iure recentiori abrogatam fuisse negamus. Si generatim voluntatis defuncti magis ratio habenda est; quam verborum, non minus tacita quoque prohibitio seruari debet. Qui aliud statuunt, prouocant ad *Nouell.* XVIII. *cap.* 6. et *authenticam ex testamento* C. *de collat.* ac in horum

numerum cadunt HENR. HAHNIVS, ad *Weſenbec. libr.* XXXVIII. *tit.* VI. *num.* 6. PETR. GVDELINVS, *iur. nouiſſ. libr.* II. cap. 19. SAM. STRYCK de *ſucc. ab inteſtato, diſſ.* XI. *cap.* VI. §. 7. CONR. RITTERSHVSIVS *iur. nou. part.* V. *cap.* VI. *nr.* 2. et *part.* VII. *cap.* XXII. *num.* 7. GEORG. AD. STRVVIVS *exerc.* XXXVII. *theſ.* 36. Noſtrae ſententiae fautores ſunt ANDR. FACHINAEVS, *libr.* V. *controu. cap.* 87. DAV. MEVIVS, *part.* I. *decis.* 84. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 10. *D. de collat.* WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS *coll. theor. pract. libr.* XXXVIII. tit. VI. §. 25. cum aliis.

§. XXXI.

Prodigus non per curatorem; ſed ipſe; verum tamen cum curatoris conſenſu hereditatem adit.

Si quis hereditatem adit, ad aes alienum hereditarium ſoluendum ſeſe obligat; obligare vero ſe nequit prodigus ſine conſenſu curatoris ob *L.* 6. *D, de verb. oblig.* Quum hoc modo poſterius membrum propoſitionis huius extra dubium ponitur; prius patet ex *L.* 90. *D. de adquir. vel om. her.**) Illud, quantum ſcio a nemi-

*) Hoc loco praeterire ſilentio nequeo controuerſiam illam criticam, quae de genuina lectione L. 90. *pr. D.* de *adquir. vel omitt. hereditate* inter iurisconſultos obtinuit magni nominis, quum in digeſtis Florentinis ita legitur: PAVLVS *libr.* XII. *reſponſorum reſpondit, per curatorem hereditatem acquiri non poſſe*; aliis vero codicibus in locum curatorem ſubſtituitur: *procuratorem.* Quum IAC. CVIACIVS *libr.* I. *obſeruat. cap.* 34. perſuaſum habet, iure Romano neque per procuratorem; neque per curatorem hereditatem adiri potuiſſe, reuera titubat; nec definit, quaenam lectio alteri ſit praeferenda; pro-

Digitized by Google

nemine eſt in dubium vocatum; verum tamen hoc, quod pro infante, pater; vel tutor hereditatem adeat, L. 18. §. 1. C. *de iure delib.* ac pro furioſi eius curator,

lixior tamen eſt in eam, qua legitur *procuratorem*, quum teſtatur, veterem eſſe lectionem; nec *ſatis forſitan eo in loco emendatas eſſe pandectas Florentinas.* Quum HALOANDER in praeſtantiſſima, quam procurauit, editione religioni haud duxit, a Florentina diſcedere lectione; vbi vero eam deſeruerit, id non ſine ratione illud fecit, profecto noſtram attentionem excitare videtur, quod non minus *procuratorem* legat, ideoque lectionem reiiciat Florentinam. Retinuit hanc DIONYS. GOTHOFREDVS et eodem modo PETR. FABER illam *libr.* II. *ſemeſtrium cap.* XXII. ſtrenue defendit. Vulgatam lectionem praeponendam cenſet Ios AVERANIVS, *libr.* I. *interpretat. cap.* XII. *num.* 39. BERNH. autem HENR. REINOLDVS *diſſor. ad ius ciuile ſeve pertinentium libr. ſing. cap.* I. faretur, haud intereſſe, vtrum haec; an illa lectio eligatur atque addit: *per me licet Florentina lectio ſeruetur, quamquam nec alia illa falſa exiſtimari poteſt.* Quum HALOANDER rationes ſuas haud indicat, cur a lectione Florentina receſſerit; AVERANIVS autem eam inprimis impugnauit: ideo ante omnia reprehendendum eſſe putat, quod §. ſq. de eo eſt ſermo, qui mandato alterius hereditatem adit hocque quidem in procuratore; non vero curatore ſit cogitandum. Neque minus prouocat ad L. 1. §. *vlt.* D. *de officio procurat. caeſaris*, quumque iurisconſultus ibi tradit, *hoc praecipuum eſſe in procuratore caeſaris, vt miſcendo ſe opulentae hereditati caeſarem heredem faciat*, exceptionem ſibi exhiberi animaduertit regulae, quae illam firmat in caſibus non exceptis ac ſimul per id eumdem putat tacite ſignificare, ordinarie per procuratorem hereditatis additionem haud eſſe licitam. Alii tuentur vulgatam lectionem auctoritate codicum, quibus illa nititur; nihilo tamen minus hac in re omnino Florentinam praeferendam puto. Ea eſt praeſtantia codicis Florentini, vt eius lectionem, quum vetuſtate reliquos antecedit, immo hi, vt ſupra monitum eſt, ab illo deriuandi ſint, prius haud reiicere debeamus; quam ſi falſam eſſe, euidenter demonſtrari poſſit et ſi quoque CVIACIVS, vulgatam veterem eſſe lectionem, teſtatur; neque minus GOTHOFREDVS addat,

Digitized by Google

L. vlt. §. 3. *D.* de *curat. furioſi.* Pugna hac de quaeſtione memoranda, quae inter HENR. SVERINVM, *repetit.*

illam quoque reperiri in manuſcriptis libris CONTII, iniuria fieret omnino codici Florentino, vbi illius lectione eo nomine ſupersedere velimus. Neque poſſumus ſtatuere, quidquam proferri a PAVLLO ſecundum lectionem Florentinam, quod repugnaret iuri. Si per curatorem hereditas adiri poſſet, res aliter ſeſe haberet. Quum nequidem per tutorem hereditas adquiri poteſt; niſi pupillus infans eſt L. 5. C. *de iure deliberandi* ac *L.* 65. §. 3. *D. ad* SC. *Trebellian.* multo minus hereditatis aditio fieri poteſt per curatorem; eamdem vero ob cauſſam tutorem habenti, ſi hereditas ab ipſo ſit adeunda; neque tutor hac in re officio ſuo fungi poteſt, non curator; ſed tutor potius datur. Conſtat hoc ex VLPIANO *fragmentor.* tit. XI. §. 22. p. 662. ed. SCHVLTINGII ac ex *L.* 9. *D.* de *tutor. et curat.* ac *L.* 17. §. 1. *D. de adpellat.* vbi vero tradidiſſet PAVLLVS, per procuratorem haud poſſe hereditatem adiri, omnino praeceptum iuris exhibuiſſet, quod iure in dubium vocari poterat. Ipſe AVERANIVS non negare poteſt, procuratorem caeſaris omnino illud permiſſum fuiſſe; nec vllo modo id eo nomine poteſt ex parte impugnari, quod PAVLLVS, *L.* 2. D. *de officio procuratoris caeſaris* animaduertit, conſuli debere imperatorem, ſi ea bona, ex quibus imperator heres inſtituetus eſt, ſoluendo non ſint; antequam hereditatis aditio fiat. Per id haud negat, procuratorem hereditatem adire poſſe, ſi imperator conſentiat, quumque potius tacite, id ipſi licere, ſignificat, profecto eius rei rationem habuiſſet; nec, omni delectu ac diſcrimine remoto, ſcripſiſſet, per procuratorem haud potuiſſe hereditatem adiri. Eo minus id praeſumendum eſt, quum haud probari poteſt, Paulli aetate negotium illud per procuratorem non expediri potuiſſe. AVERANIVS quidem ex eo id argumentari vult, quod praecipuum tradat eſſe in procuratore caeſaris, vt miſcendo ſe opulentae hereditati caeſarem heredem faciat; ſed PAVLLVS non rationem adiicit, cur hoc nomine procurator caeſaris ab aliis ſeſe diſtinguat. Quum non ſine ratione opulentae meminit hereditatis: reſpicit potius ad mandatum, quo ordinarie inſtructus debet eſſe procurator, ſi eiusmodi graue negotium ſuſcipere

Digitized by Google

tit. et iuris ciuil. cap. 41. obtinuit ac BERN. HENR. REINOLDIVS, *varior. libro* ſing. *cap.* 1. Reperitur in eius *opuſculis*, a Io. FRID. IVGLERO editis, p. 58.

velit. Quum eo ipſi non ſemper opus eſt, ſi hereditatem adire vult nomine imperatoris; ſed diſtinguere potius debet, vtrum opulenta ſit hereditas; an potius ea, quae aere alieno potius eſt onerata ac prius mandata imperatoris exſpectare haud debet; quam ſi poſterius locum habeat, quemadmodum clare conſtat, ſi paullulum curatius comparare velis *L.* 1. et 2. *D. de officio procurat. Caeſaris*: mandatarius alioquin nunquam hereditatem adire potuit; quam ſi ipſi ſit mandatum, adire hereditatem. Eo quum reſpicit iurisconſultus in vocula *praecipuum*, profecto eius ex effato haud argumentari poſſumus, hereditatis additionem haud peragi potuiſſe per mandatarium. Vti itaque ex eo haud liquet, per procuratorem eam fuiſſe haud licitam, merito obſeruandum eſt, vſum procuratorum in omnibus negotiis, quae non ſpeciatim ſint excepta, eſſe permiſſum, ſecundum *L.* 1. *D. de procurat.* bonorum poſſeſſionem per procuratorem peti potuiſſe, quemadmodum liquet ex *L.* 3. §. 7. *D. de bonor. poſſeſſ.* ac *L.* 66. *D. ad SC. Trebellian.* immo acceptationem, etſi actus fuerit ſollemnis, per procuratorem fieri, *L.* 3. *D. de acceptil.* docere et hoc nomine ab vno actu ad alium concluſionem valere. Haec quum ita ſe habeant, haud erramus, ſi potius integritatem verborum legis citatae in dubium vocaremus, vbi non curatorum; ſed potius procuratorum facta eſſet mentio; nullo vero modo AVERANIO largiri poſſumus, eo nomine impugnari poſſe lectionem Florentinam, quod ſequentibus verbis omnino de hereditatis additione, quae fiat per procuratorem ſermonem eſſe videmus. Ante omnia notare debemus, legem hanc PAVLLI eius ex reſponſis delibatam, teſte inſcriptione atque illa duo huius iurisconſulti exhiberi reſponſa. Eiusmodi libris iurisprudentes non tam adcurate dicendi ordinis rationem habebant. Sine difficultate illud perſpicere poſſumus, ſi iam peruolutamus, quae in ſingulis his libris reſponſorum contineantur; neque vero hereditatis additionis mentio fit, quae mandato alterius ſuſcepta § ſequenti. Meminit potius nepotis, qui ipſe hereditatem adiit, a patre relictam; iuſſu tamen aui,

§. XXXII.

Licet inuentarium ſollemniter sit confectum; neque vllum defectus eius existat vestigium: deferri tamen potest heredi ſuper eo, quod nihil in eo omiſerit, iusiurandum.

1) IVSTINIANVS *Nou.* cap. 2. §. 1. creditoribus, legatariis et ſideicommiſſariis, ideoque omnibus iis, quorum intereſt, per ſacramentum heredis probare permiſit, maiorem a teſtatore relictam eſſe ſummam; quam eam, quae in inuentario contineatur; neque requirit ſuſpicionem, quae contra heredem pugnaret. Quum deinde 2) etiam contra inſtrumenta publica permiſſa ſit, vti conſtat, delatio iurisiurandi; neque minus conceſſa ei, qui nullum; nec verosimile quidem argumentum prae ſe habet, iurisiurandi delatio etiam in hoc caſu licita eſt. Aliud ſtatuunt, quoniam putant, tale iusiurandum eſſe iusiurandum manifeſtationis hocque tanquam ſpeciem iurisiurandi purgatorii ſuſpicionem ſupponat atque ob ea, quae contineantur in L. 21. §. 10. C *de iure deliberandi* DAV. MEVIVS, *part.* IV. *deciſ.* 92. SAM. STRYCKIVS, *vs. mod. tit. de iure deliberandi*, §. 4. Io. BALTH. WERNHER, *part.* VII. *obs.* 146. IVST. HENNING. BOEHMER *conſult. et decis. tom.* II. *resp.* p. 668. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* IV. p. 107. Sed ab his diſcedit AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCLXIV. *med.* 6. et 7. ac ſententiam probat, quam ego quoque amplexus ſum.

§. XXXIII.

cuius in poteſtate patria fuit, id fecit. Etsi itaque haud de curatore ibi eſſet ſermo: eadem ratione nec de procuratore quidquam ibi legimus, licet nepos iam iuſſu aui ſui hereditatem adiit.

Digitized by Google

§. XXXIII.

Diuisio ob modicam laesionem, quamuis iudicis sub auspiciis non sit facta, rescindi haud potest.

1) Comparat *L. 77. §. 18. D. de leg.* 1. diuisionem cum permutationibus et *L. 1. C. commun. utr. iudicii* cum emtionibus venditionibus; sed enormis laesio esse debet, ob quam eiusmodi contractus sunt rescindendi. 2) *L. 3. C. de comm. utr. iudicii* soluummodo de diuisionibus, per fraudem vel dolum, vel perperam sine iudicio factis differit, ob quas subueniendum sit maioribus. Nonnulli eas dolosas tantum esse statuunt; nec immerito. Fraus hic et dolus vnum idemque, vt ex *L. 3. §. 3. D. pro socio L. 1. D. de his qui notantur infam.* aliisque legibus animaduertit GERH. NOODTIVS, *de forma emendandi doli mali, cap. 7. tom 1. oper.* p. 363. denotant; diuisionem vero perperam factam non minus eam esse, quae sit dolosa cum ex verbis, quibus rescriptum Diocletiani ac Maximiniani, antequam a Triboniano, vti illud nobis exhibetur *L. 3. C. commun. utriusque iud.* fuit interpolata, est expressum, quaeue nobis conseruauit auctor *consultationis veteris, in iurisprudentia anteiustinianea* SCHVLTINGII; p. 815. tum ex eo fit verisimile, quod legislatores rationem in eo ponunt, quod diuisio ad negotia bonae fidei pertineat et in illis dolus obligationem reddat nullam *L. 7. pr. D. de dolo, L. 5. C. de rescind. vendit.* Quodsi vero quoque id haud adserere vellemus, vocabulum *perperam* tamen de eo solum vsurpatur, quod fit *sine iure, iniuste, inciuiliter, L. 62. D. de re iudicata, L. 42. D. de liberali causa, L. 22. §. 4. D. ratam rem haberi*, ideoque *diuisio perperam facta* est diuisio inciuilis

uilis. Iam comparatur diuiſio noſtra in lege cum aliis bonae fidei iudiciis, quumque ea haud prius inciuilia dicuntur; quam ſi vnam partium enormiter laedunt, idem de diuiſione eſſe adfirmandum, per id tacite demonſtratur. Qui diſſentiunt, ſtatuunt *) *L.* 3. *C. communia.*

*) Non ſolum memoratum reſcriptum Diocletiani ac Maximiniani in conſultatione illa veteri reperitur; ſed fragmenta quoque *codicis Gregoriani* etiam illud continent; *libr.* III. *tit.* V, p. 695. Haec illud nobis ita exhibent: *Diocletianus et Maximianus A. A. Aureliae Seuerae. An diuiſio, quam iam factam eſſe proponit, conuelli debeat, Rector prouinciae, praeſente parte diuerſa, diligenter examinabit et ſi frustibus eam non caruiſſe perſpexerit, quando etiam maioribus in perperam factis diuiſionibus ſoleat ſubueniri, quod improbum atque inaequaliter factum eſſe conſtiterit, in melius reformabit. P. P.* XVII. *kalend. Iul. ipſis* VI. *et Conſtantio* III. Coss. In conſultatione ſupra memoratur idem reſcriptum et quidem ſine illa mutatione ex eodem codice recitatur; neque dubium eſt, quin quoque ex eodem migrauerit in codicem Iuſtinianeum; ſed haud eſt integrum atque omnino interpolatum. Haud recte primum nomen feminae, ad quam eſt datum, quum non *Aurelia* vocatur *Seuera*; ſed potius *Aurelia Septima.* Quoniam conſultatio aeque ac fragmentum codicis Gregoriani in eo conueniunt, quod potius fuerit Aurelia Seuera: omnino hac in re iis maiorem fidem tribuere debemus; quam codici Iuſtiniano; verum tamen ſimul hac ex re perſpicimus, quot vitiis inſcripriones illae *codicis* praeferrem in nominibus foemininis propriis laborant. Sed hoc eſt minimum, quod notandum eſt: multo maiorem attentionem excitat prima pars reſcripti, a Triboniano penitus omiſſa. Ex hac cognoſcimus, quid occaſionem imperatoribus ſuppeditauerit, hac de re Aureliae reſcribendi; neque minus diſcimus, illos diuiſionem, quae impugnatur, ſolum tunc demum reuocandam cenſuiſſe, ſi conſtaret, diuiſionem fraudibus non caruiſſe. Vruntur deinde legumlatores iisdem verbis, quae quoque in codice exhibentur atque in his quoque loquendi formula: *diuiſio perperam facta* ac per id haud obſcure ſignificat, eam eſſe fraudulentam. In illa ipſa leue illud diſſidium inter codicem *Gregorianum* ac *Iuſtinianum* meam excitauit attentionem,

Digitized by Google

mun. vtriusque iud. non demum laesionem vltra duplum; sed omnem inaequalitatem corrigi: lex antecedens ad res respiciat, quae certum a natura pretium haud habent ideoque eius ratio in sequente cesset et laesio haec, si non dolo contingat, ex errore oriatur calculi, haecque semper sit attendenda, L. *vn. C. de errore calculi*; neque minus 4) sententia haec in foro sit adprobata PETR. MVLLERVS, *ad Struu. exerc.* XV. *thes.* 16. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* X. *tit.* 11. *qu.* 7. Io. HENR. BERGERVS, *resolut. leg. obstantium, libr.* X. *tit.* 11, p 168. Io. BALTH. WERNHERVS, *part.* V. *obs.* 51. CASP. HENR. HORNIVS, *class.* XIV. *resp.* 8. eorum autem, quibus nostra placet sententia, antesignanus est SAM. STRYCK, *vs. mod. digestor. tit. fam. erciscundae*, §. 7. *et* 8. Speciatim hac de quaestione disputarunt: Io. HENR. BERGERVS, *diss. de reformatione*

quod in hoc solum sermo est de *diuisionibus perperam factis*; in illo autem *diuisiones perperam factas* esse eas, in quibus subueniatur, adiicitur. Omisit quidem particulam *in* GERH. NOODTIVS, *de forma emendandi duli mali, cap.* VII, *tom.* I. *operum*, p. 382. Sed omnino ea in memorata loquendi formula exhibetur in codice Gregoriano, vti eum ANTON. SCHVLTINGIVS, in *iurisprudentia anteiustinianea*, p. 695. exhibet. Idem fit in *consultatione veteri* ac per id noua sese interpolatio Triboniani ostendit, quae tamen sensum haud turbat: sine dubio vero manu Triboniani vocabula *per fraudem ac dolum* inrepserunt. Adiecta sunt forsan, vt lucem accenderent particulae *perperam*, etsi iurisconsultis inprimis vsitata fuerit; num autem voculae: *in bonae fidei iudicii* ab eodem adiecta fuerint; an potius deleta ab Aniano, non inquiram. NOODTIO hoc placere videtur; sed SCHVLTINGIVS recte monet, Tribonianum quoque addere ea potuisse, idque eo verosimilius est, quum eius audacia in interpolatione huius legibus omnino tanta fuit, vt fere difficile sit, in lege hac deprehendere constitutionem illam, quam DIOCLETIANVS ac MAXIMINIANVS reliquerunt.

tione diuiſionis extraiudicialis ex cauſa laeſionis modicae, Viteb. cIↃIↃCLXXXXII. et Io. GEORG. IAC. WOLFIVS, *de diuiſione legitima extraiudiciali ob modicam laeſionem nec impugnanda; nec reſcindenda; nec reformanda*, Altorf. cIↃIↃCCLVI. quibus IAC. VOORDAM, *elect. cap.* XXVI. Io. LVD. ERN. PVTTMANNVM, *probabil. iuris ciuil. tom.* I. p. 37. iungas.

§. XXXIV.

Heredes sibi inuicem euictionem praestare debent, quamuis diuisio rerum hereditariarum a patre sit facta.

1) Praeſumtio eſt, patrem voluiſſe aequalitatem inter liberos obſeruare, *L.* 17. *C. de collat.* iſta vero non obſeruaretur, vbi, quod damnum vnus coheredum sentiret, alter ſimul ferre recuſaret. 2) Teſtatur id *L.* 33. *D. fam. erciſcund.* Idem docet 3) *L.* 77. *pr. D. de leg.* 2. verum tamen contrarium qui adſerunt, non minus argumenta ad confirmandam ſuam ſententiam proferunt. Prouocant ad L. 77. §. 8. D. *de leg.* 2. atque licentiam patri competentem, partes inaequales faciendi; neque vero minus eamdem deducunt ex eo, quod cauſſa haec, ſi pater vni liberorum quidquam praeter legitimam adſignat, cauſſa ſit mere lucratiua haecque euictionem excludat, L. 18. *in fine de don.* ac quod vni liberorum plus eſt datum, ſit praelegatum. Aliter ſentiunt ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 116. IAC. MENOCHIVS. *libr.* III. *praeſ.* 118. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* X. *tit.* II. qu. II. Sed noſtra ſententia placet SAM. STRYCKIO *vſ. moderno dig. libr.* X. *tit.* II. §. 8. ac GEORG. AD. STRVVIO, *euolut. controuerſiar. ex.* V. *theſ.* 12. p. 258.

§. XXXV.

§. XXXV.

Si heres testamentarius per triginta annorum ſpatium hereditatem haud adiit, a legitimo herede excluditur.

1) Qui non habet de re actionem; neque habet ius perfectum, intuitu illius ab illa excluditur; heres autem teſtamentarius poſt triginta annorum ſpatium non habet actionem, vti clare liquet ex *L.* 3. *C. de praeſcript. trig. vel quadragint. annorum.* Vbi 2) heres legitimus per triginta annorum ſpatium hereditatem poſſedit, eam per praeſcriptionem ſibi adquirit; per illud autem ſine dubio facultatem nactus eſt, ab illo omnes alios atque in hic etiam heredem excludendi teſtamentarium. Qui cum PETR. DE TOVLLIER, *collectan. diſſ.* III. §. 50. p. 137. aliud ſtatuunt, hereditatis aditionem actum eſſe meraе facultatis ſupponunt hocque ex eo deducunt, quod in declaratione voluntatis noſtrae de perſona defuncti repraeſentanda atque in nos ſuſcipienda hereditatis conſiſtat aditio, ſed noſtrae ſententiae fauet communis iurisconſultorum ſchola.

§. XXXVI.

Si res, familiae fideicommisso onerata, consensu eorum membrorum illius alienatur, quae eo tempore, quo alienatio sit facta, in viuis exstiterunt: istam impugnare nequeunt ea, quae post eam procreata ſunt.

Conſtat hoc 1) ex L. 120. §. 1. D. *de legat.* 3. quum liberorum poſtea natorum conſenſum haud requiri hoc;

hocque modo alienationem quoque ſine eo permittit. Idem quoque 2) factum eſt ab GORDIANO, *L.* 11. *C. de fideicommiſſis* et ne ſyllaba quidem ibi occurrit de eiusmodi membris familiae, quae poſtea lucem adſpexerunt; vbi vero has ad leges reſpicere haud volumus, merito idem ex eo concludo, quod nonniſi is talem alienationem impugnare nequeat, cuius conſenſus in alienationem neceſſarius quidem fuit; verumtamen neglectus. Quum ii, qui tempore alienationis plane haud extiterunt, conſentire haud potuerint: multominus autem ius adquiſiuerint in rem, fideicommiſſo oneratam, eorum conſenſus haud neceſſarius fuit; vbi itaque quoque ille ſit neglectus, iſto nomine non poteſt alienatio impugnari. Qui aduerſariam fouent ſententiam, prouocant partim ad id, quod intendit teſtator, vbi ſemel familiae fideicommiſſum conſtituerit; partim ad locum, quem etiam liberi poſt alienationem nati inter poſteros tuentur atque regulam, quae naſcituros cum iam natis comparare iubeat, ſecundum *L.* 7. et 26. *D. de ſtatu hominum.* Illam tuentur PHIL. KNIPSCHILDIVS *tract. de fideicommiſſis familiarum nobilium, cap.* XI. nr. 394. GOTTL. ADOLPH. HENR. HEYDENREICHIVS, *de alienatione fideicommiſſorum familiae, et omnibus etiam de conſentientibus illicita*, quam Ienae CIↃIↃCCXXXVII. defendit, §. XXXIII. IOACH. ERDM. SCHMIDIVS diſſ. *de fideicommiſſis, quae alienari poſſunt; vel non*, Ienae, CIↃIↃCCLXII. FRID. BEHMERVS, in *nouo iure controuerſo, tom.* I. *obſ.* 50. ac ERN. CHRIST. WESTPHAL, in *der rechtl. Abhandlung von Würkung eines Erbverzichts in Abſicht der Nachkommen*, Halae, CIↃIↃCCLXXVIII.; noſtrae autem opinioni haud ita pridem acceſſit illuſtris iuriſconſultorum Ienenſium ordo. Neque minus ei adhaerent HVGO. GROTIVS, de *iure belli*

ac

ac pacis, *libr.* II. *cap* 4. §. 10. CHRIST. WILDVOGEL, de *fideicommisſis familiae nobilium*, Ienae, CIↃIↃCCX. §. XVII. et BERNHARD. GOTTL. HVLDREICH HELLFELDIVS, de *fideicommisſis familiarum illaſtrium eorumque, ſi alienata ſunt, reuocatione*, Ienae, CIↃIↃCCLXXIX. §. LIX.

CAPVT QVINTVM

DE

IVRE PIGNORIS.

---

§. I.

PIGNVS solum in re mobili constituitur.

1) Pigneratitius contractus eſt contractus realis; eiusmodi contractus autem eam requirunt traditionem, quae fit per e manu dationem, vti patet ex commodato, mutuo, depoſito; hoc vero ſolum fieri poteſt in rebus mobilibus. 2) Pignus dicitur a pugno, vt putat iurisconſultus, *L.* 238. *D. de V. S.* eiusque rei ratio redditur, quod res, quae pignori dantur, manu tradantur. Displicet haecce deriuatio AEG. MENAGIO, *amoenitatibus iuris ciuilis cap.* XXXIX. ſed ſatisbabemus, iurisperitos hanc ſententiam fouere et per id ſatis aperte declarare, in rebus mobilibus pignus coſiſtere debere. Differre quoque in eo pignus ac hypothecam, quod

illud in mobilibus; hoc autem in immobilibus conſtituatur rebus, haud obſcure traditur *L.* 9. §. 2. *D. de pigneratit. actione* ac §. 7. *I. de actionibus.* Quibus aliud placet, illud ſtatuunt, quod res immobilis non minus tradi ac creditor eius in poſſeſſionem mitti queat ac in his quoque locum tenet PETR. MVLLERVS, *ad Strvv. ex.* XIX. *theſ.* 45. *tom.* 1. p. 1264. ac Io. AVG. HELLFELD, *iurisprud. for. libr.* XIII. *tit.* VII. §. 863.

§. II.

Nomine oppignorato, datur creditori actio hypothecaria.

Animaduertit PAVLVS *L.* 18. *D. de pigneratit. act.* tuendam eſſe a praetore conuentionem, ſi conuenerit, vt nomen debitoris mei pignori tibi ſit creditoremque in exigenda pecunia eſſe tuendum. Certum deinde eſt atque expeditum, oppignerationem talem negotium eſſe validum. Si eſt validum, neceſſe eſt, vt actionem producat haecque ſit vel perſonalis; vel realis. Perſonalis inſtitui nequit, propterea quod actio perſonalis a nemine inſtitui queat; niſi ab eo, cui iſta vel proprio iure competit; vel eius a domino eſt ceſſa; neque vero minus certum ſit, eamdem contra neminem locum habere; niſi eum, qui actori eſt obligatus. Neutrum hoc loco cogitari poteſt, ſi quidem eiusmodi actio haud competit creditori proprio iure; neque ei eſt ab illo ceſſa: neque is, contra quem inſtituitur, creditori eſt obligatus. Tandem 3) tribuunt *L.* 4. *C. quae res pignor.* et *L.* 13. §. 2. *D. de pignor.* creditori actionem vtilem; iſta autem ſemper legibus illis, quae de pignoribus agunt, denotat actionem Seruianam.

Aliud

Aliud ſtatuunt, quoniam ordinarie debitoris mei debitor haud meus ſit debitor, naturali quoque aequitati repugnet, quemdam alienis grauare debitis ac tali oppigneratione ſolum a debitore actio cedatur, quam aduerſus ſuum habeat debitorem ex facto ipſius obligatorio, Iac. Cviacivs, ad L. 7. *D. de hered. vel act. vendita*, licet a ſententia hac diſcedat in explicatione *L.* 18. *D. de pignerat. actione:* Reinh. Bachovivs, *libr.* II. *de pignor. cap.* 2. Io. Brvnnemannvs, *ad L. 4. C. quae res pignor. ſubiic.* Hvgo Donellvs, *libr.* I. *de pignoribus. cap.* 7. *num.* 2. ſed noſtram adprobant ſententiam Franc. Hottomannvs, *libr.* VI. *obſ. cap.* 16. Bened. Carpzovivs, *part.* III. *deciſ.* 258. Io. a Sande, *deciſ. Friſic. libr.* III. *tit.* XII. *def.* 24. atque Petr. Mvllervs ad *Struv. ex.* XXVI. *theſ.* XVIII. *tom.* II. p. 34.

§. III.

Qui ſolum bona ſua mobilia et immobilia oppignerat, creditori ſuo ex iure ciuili hypothecam generalem haud conſtituit.

Generalis hypotheca vt omnia bona complectatur, ſiue ſint corporalia; ſiue corpore deſtituta, neceſſe eſt; bona autem mobilia pariter ac immobilia in eo conuenire, quod corpus requirant hancque ob rem ſolum eſſe res corporales, quis eſt, qui neſciat? Neque ſub his intelligi res incorporales, patet ex legibus. Diſtinguit adcurate a rebus mobilibus ac rebus ſoli iura *L.* 15. §. 2. *D. de re iudicata.* Idem facit L. 7. §. 4. *D. de peculio*, cui addas L. 79. §. 1. *D. de legatis* 3. quae vsque eo procedit, vt rebus mobilibus nummos,

Digitized by Google

mutuo ſaltim deſtinatos, adnumerare dubitet. Qui diſſentiunt, diuerſis argumentis vtuntur; quod nimirum debitor, qui omnia bona ſua oppignerauit mobilia atque immobilia, nihil excipere voluerit: in conuentionibus, ad id, quod intenderint contrahentes, magis; quam ad ipſorum verba ſpectandum ſit ac ſola mentio iuorum bonorum tabellioni potius; quam contrahentibus ſit tribuenda REINH. BACHOVIVS *ad Treutlerum, vol.* II. *diſp.* 2. *theſ.* 2. BERN. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XXIII. *def.* 7. ac GEORG. AD. STRVVIVS, *exercit.* XXVI. *theſ.* 20. iis vero repugnant ANT. FABER, *cod. Sabud. libr.* VIII. *tit.* I. *def.* 14. et PETR. MVLLER, *ad Struu. loc. cit.*

§. IV.

Hypotheca, solum in trium testium praesentia constituta, aliis priuatis non praeferri potest.

Requirit claris verbis *L.* 11. *C. qui potior. in pignore*, vt eiusmodi inſtrumentum priuatum, quo hypotheca eſt conſtituta, trium; vel amplius virorum ſubſcriptiones contineat, ſi quis illud cum publice confectis comparare vellet. Vbi itaque illae deficiunt atque inſtrumenta ſolum in trium teſtium praeſentia eſt confectum, ei virtutem pignoris publici tribuere non poſſumus. Contrarium autem ab aduerſariis adfertur, quod hypothecam quaſi publicam priuatae praecedere credunt, quoniam eius conſtitutio a duobus vel tribus teſtibus probari queat, ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſeruat. num.* 10. WOLFG. ADAM. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. tit. D. qui potior. in pignore* §. 3. cum aliis, DAV. MEVIO *part.* VIII. *dec.* 361. FRANC. MAN-

MANTICA *de tacit. et ambig. conuention. libr.* XI. *cap.* 24. ac Io. AVG. HELLFELDIO *de praerog. hypoth. publicae tacitae ac expreſſae*, §. XXVIII. diſſentiunt; ſed nobiscum facit PETR. MVLLERVS, *ad Strvv. exerc.* XXVI. *theſ.* 26. *tom.* II. p. 44. IVST. HENN. BOEHMERVS, *exerc. ad pand. tom.* III. *ex.* 60. p. 946. ac Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obs. pract. ad Leyſer. vol.* II. *faſc.* II. p. 266.

§. V.

Si in vna eademque re pluribus diuersis temporibus pignus est constitutum, ille praefertur, qui vnico momento est prior.

1) Prior iam ius quaeſitum habet, quod ei per poſteriorem auferri non poteſt. 2) Clare id iubet *L.* 10. *D. qui potior. in pignore.* Diſſentit ob *L.* 16. §. 8. *D. de pignor.* et quidem ob verba: *quod erit dicendum, ſi eadem die pignus vtrique datum eſt ſeparatum*, HOTTOMANNVS *de pignore cap.* 4. ſed id, quod ſtatuimus, confirmant ACCVRSIVS ad *L.* 16. §. 8. *D. de pignor.* DAN. MOLLERVS. *libr.* III. *ſem. cap.* 44. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ. cap.* 28. et GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXVI. *theſ.* 27.

§. VI.

Ii, qui alteri ad exstruendam nouam domum pecuniam crediderunt, in bonis debitoris ſui pignus tacitum haud habent.

1) Diuus Marcus, cui ii, qui ad reficiendam domum alteri pecuniam mutuo dant, hypothecam tacitam de-

bent, in verbis celeberrimi edicti *L.* 24. §. 14. *D. de reb. auctor. iudi is* conſeruatis, *reſtitutionis aedificiorum* meminit; nec ratio huius edicti patitur, vt id quoque ad mutua, quae aedificationis nouorum aedificiorum cauſſa fiunt, extendatur. 2) Idem teſtatur *L.* 1. *D. in quib cauſſ. pignus.* Diſſentit BENED. CARPZOVIVS, *part.* 1. *conſt.* XXVIII. *def.* 105. ſed haud addit, qua ex ratione quoque priuilegium pecuniae tribuat, in aedificationem domus creditae. Neque eius ſententia multos inuenit fautores atque ipſi clare contradicit ARNOLD. VINNIVS, *libr.* II. *ſelect. quaeſt. cap.* 4.

§. VII.

Qui ad nauem reparandam pecuniam credidit, ex ſententia iuris ciuilis eodem fruitur iure, quod creditor habet, qui sumtus, ad restaurationem aedium necessarios, suppeditauit.

Satis conſtat, quid in fauorem eorum creditorum, qui ad aedes quasdam reſtituendas pecuniam miniſtrarunt, ſancitum ſit in ſenatusconſulto, Marci tempore condito et in *L.* 1. *D. in quibus cauſſ. pignus* memorato; illud autem vtile quoque eſſe ei, qui pecuniam credidit ad nauem reparandam, ex interpretatione authentica ſanctionis huius concludimus, quam debemus IVSTINIANO, in *Nouell.* XCVII. *cap.* 3. Eam ſenatusconſultum ad dictos adplicare creditores, colligimus 1) ex eo, quod tribuat illis hypothecam, quae non ſolum ſit tacita; ſed etiam ita comparata, vt licet ſit poſterior; prioribus tamen praeferatur ex legibus illis conceſſis. Eo quum 2) accedit, quod hac in re compa-

rentur,

rentur, qui pecunia ſua nauem fabricauerint: eam emi; aut reparari; vel domum forte aedificari; vel agrum; vel aliud quid emi curauerint; nouum idque luculentum nobis ſuppeditari videmus argumentum, quo ſententiae noſtrae robur conciliatur. Quoniam vero in lege tacita hypotheca cogitari nequit; neque adeſt, quae tacitam tribuat pecuniam ei, qui quidquam credidit ad reficiendam nauem: neque hac in re tuto concludere licet a naue ad domum, aliud ſtatuunt: Io. Fr. Stypmannvs, *de iure maritimo, libr.* 1. *cap.* 2. *nr.* 2. Io. Ordvin. Westenbergivs, *dino Marco diſſ.* xli. *num.* 13. Ios. Averanivs, *libr.* II. *interpretat. iuris cap.* 13. Arno Vinnivs, *ad Peckii com. in tit. D. de exercit. act.* p. 100. et *ad leg. Rhod.* p. 133. ac *libr.* II. *var. quaeſt. cap.* 4. ſed noſtrae accedunt ſententiae Bened. Carpzovivs, *part.* 1. *conſt.* 28. *def.* 10. Andr. Gailivs, *libr.* II. *obſ. cap.* 12. Avc. Berlich, *libr.* 1. *concluſ.* 65. atque Avg. Leyservs *ſpec.* 159. *med.* 1.

§. VIII.

Hypotheca tacita legatariis ac fideicommiſſariis competens ad res heredis sese non extendit, si quoque illas, quae ad ipſum ex hereditate peruenerunt, consumserit.

Clare cautum eſt in *L.* 1. *C. commun. de legat.* quod ſolum haec hypotheca locum habeat in *rebus, quas heres a teſtatore eſt conſequutus*; omnes vero leges, quibus nituntur hypothecae tacitae, ſtricte ſunt interpretandae. Ita quum ſuperſedemus diſtinctione, vtrum conſumtae iſtae fuerint a herede; nec ne: ii, qui illam adprobant, prouocant ad ſatis notam regulam, ſecun-

dum quam actio realis inſtitui quoque poteſt contra eum, qui rem non poſſidet; mala tamen fide poſſidere desiit vel res conſumſit, ſecundum *L.* 36. ac 69. *de R. V.* ac *L.* 131. *D. de R. I.* neque minus ad *L.* 13. *D. de pign.* atque ex ea colligunt, bona heredis in locum rerum hereditariarum conſumtarum, vel diſtractarum, ac in proprios vſus translatarum ſubſtitui onerique hypothecae ſubiici. Eorum dux eſt atque antelignanus CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *tract. de iure et priuilegiis creditorum. diſp.* VIII. p. 254. Sed aliam in ſententiam diſcedit WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. practic. tom.* II. *libr.* XX. *tit.* III. §. 65. p. 83. Illam q oque iurisconſulti Ienenſes, reſponſo ann. CIↃIↃCCLXXIX dato, amplexi ſunt.

§. IX.

Hypothecam tacitam, quam legatariis leges adsignare soient, mortis caussa donatarii iure sibi tribuunt.

Quodcunque in legatis iuris eſt, illud in mortis cauſſa donationibus eſt accipiendum, vt *L.* 37. *pr. D. de mortis cauſſa donat.* ac *L. vlt. C. de mort. cauſſa donat.* clare ſtatuunt; legatariis autem hypothecam hanc tribuendam eſſe nemo negabit, qui paullulum verſatus eſt in iure *L.* 1. *C. commun. de legat.* ac §. 2. *I. de legat.* Aliud ſtatuunt, quoniam lex deficiat, quae hac in re faueret iis, quibus mortis cauſa eſt donatum, Io. BRVNNEMANNVS, *comm. ad L.* 1. *C. comm. de legat.* atque ANT. NEGVSANTIVS, *de hypothecis, part.* II. *membr.* IV. *num.* 164. Sed noſtram adprobant ſententiam FRANC. MANTICA, *tract. de tacit. et ambig.* con-

comment. libr. II. *tit.* XII. *num.* 16. MERCVR. MERLINVS, de *pignor. libr.* III. *tit.* 1. *qu.* 4 *nr.* 127. eamdem quaestionem vero, distinctione adhibita vere superflua, decidunt LAVTERBACHIVS, *loc. excit.* ac PETRVS MVLLERVS, *not. ad Struuium, syntagm. iuris ciuilis exerc.* XXVI. *thes.* 6. p. 26.

§. X.

Tacitum pupillorum in bonis tutorum pignus cum iure praelationis haud est coniunctum.

Quum singulari priuilegio, quod haud est praesumendum, fruantur, qui tacito pignore et iure praelationis simul ita praediti sunt, vt creditoribus hypothecariis anterioribus praecedant, eiusmodi iura alicui prius tribuere haud possumus; quam si legibus ei clare sunt adlignata; verumenimuero eiusmodi leges proferri nequeunt, quum hanc in rem saltem quinque capita iuris, videlicet *L. vlt. D. de tutelae et rat. L.* 42. *D. de administration. tutorum, L.* 19. §. 1. *D. de rebus auctor. iudicis possidendis, L.* 20. *C. de administrat. tutor.* et *Nou.* CXVIII. *cap.* 5. *in fin.* adlegant; nullum tamen eorum hac in re ipsis fauet. Quum duo posteriora solum tacitum pignus pupillis tribuunt: tria priora quidem priuilegii mentionem faciunt; sed ius praelationis tantum fuit personale, quod pupillis ante tempora CONSTANTINI, qui *L.* 20. *C. de administrat.* condidit, competebat. Licet Seuerus et Antoninus *L. vn. C. rem. alien. gerent.* oneris meminerint, quod impositum esset tutoribus; alienatio tamen rerum ipsius permittitur tutori, quod non factum fuisset, si tacitam

hypothecam eius aetate haberent pupilli. Eadem ratione eiusmodi hypotheca haud tributa est pupillis *L. 17. C. de administrat. tutorum*, ideoque sine vllo dubio Constantinus is fuit, qui illam L. 20, *C. de admin. tutorum* introduceret, quod contra IAC. GOTHOFREDVM, *comm. ad cod. Theod. tom.* 1. p. 365. Io. IAC. WISSENBACHIVM, *ad pandect. disp. L. 1. tit. de administrat. tutorum thes.* 11. atque alios est animaduertendum. Non potuit itaque aliud; quam ius praelationis tribui pupillis ac minoribus legibus citatis; neque vero aliud, ac inprimis *L. 19. D. de rebus auctor. iud. poss.* iis tribui, demonstraui in *programm. de priuilegio pupill. L. 19. D. de rebus auctor. ind. poss. eius heredi denegato*, Ienae CIↃIↃCCLXIX. nihilominus sunt, qui hypothecam tribuunt pupillis qualificatam, ita vt eorum ex sententia pupilli ac minores posteriores praeferantur aliis hypothecariis prioribus: imino ipsi praecedant fisco, quoniam eodem tempore, quo priuilegium ipsis datum, secundum *L. 19. D. de rebus auctor. iud. possidendis* ac L. 42. D. *de administrat. tut.* data quoque ipsis sit hypotheca tacita, testibus *L. 7. pr.* D. *qui pot. in pignor. L. 20. eiusd. tit.* ac semper pupillis optime sit prospectum, secundum §. 2. I. *de satisdat. tut.* Ceterum litigant hac de quaestione Io. IAC. WISSENBACHIVS, *exerc. addig.* XL. §. 14. p. 395. REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. vol.* 11. *disp.* XXIV. §. 7. Io. HENR. BERGERVS. *electis discept. forens.* p. 1490. ac AVG. LEYSERVS, *spec.* CCXXVI. *med.* 9.

§. XI.

Tacitum pignus, quod minoribus aeque ac pupillis competit, etiam eorum heredibus est tribuendum.

Supra

Supra illud iam demon..auimus *sect.* 1. *cap.* 11. *membr.* 2. p. 107. ideoque hoc loco saltem addimus, Ienensibus iurisconsultis potissimum sententiam hanc quondam displicuisse, videlicet MATTHIAE COLERO, *part.* 11. *decis.* 274. CHRIST. PHIL. RICHTERO, *de iure et privileg. creditorum*, *diss.* VIII. p. 220. ac GEORG. ADAM. STRVVIO, *syntagm. iuris civil. exerc.* XXVI. *thes.* 20. *tom.* II. p. 22.

§. XII.

Etiam res minorum, quae in aedes inuehuntur; vel inferuntur, locatori tacite sunt oppigneratae.

1) Leges, quae tacitum pignus in inuectis atque illatis concedunt, pupillos ac minores haud excipiunt ideoque nec nobis, eas excipere, licitum est. 2) Pignus illud tacitum non ex conuentione oritur, ideoque illud nec ex rationibus impugnari potest, quibus conuentiones eiusmodi minorum inualidae declarantur. Quoniam, qui aduersariam fouent sententiam, supponunt, hypothecam hanc magis esse conuentionalem; quam legalem ob *L.* 4. D. *de pact.* ac *L.* 4. et 6. *D. in quibus causis pignus* atque minores sine curatoris consensu res suas alienare; vel oppignerare nequeunt, *L.* 1. *D. quae res pignoridari* ac L. 3. C. *de in integr. restitut.* Negant hanc thesin antiquiores potissimum iurisconsulti, ACCVRSIVS, BARTOLVS, SALICETVS atque alii; iis vero repugnant Io. HARPRECHTVS, *ad §.* 7. *I. de act.* nr. 36. HENR. BOCERIVS, *class.* 11. *disp.* 12. immo STRVVIVS, *ex* XXI. *thes.* 16. licet distinctione quadam rem decidere studeant.

§. XIII.

§. XIII.

Locatori praedii rustici in illata atque inuecta conductoris tacita hypotheca haud competit.

1) Primum argumentum ex regula ſupra adlata petimus, qua tacitum pignus prius haud concedendum ſit; quam ſi lex adſit, in qua illud fundatum eſt: iam legem inueniri, quae locatoribus praediorum ruſticorum faueret, negamus atque ex eo concludimus, veram noſtram eſſe theſin. 2) Memorat non ſolum *praedia vrbana* NERATIVS, *L. 4. D. in quibus causſis* ac ſolum de illis, quae in haec inuecta ſunt atque illata, tradit, ea tacite obligari; ſed etiam, quod maximum eſt, in ruſticis praediis contrarium obſeruari. 3) POMPONIVS, *L. 7. D. in quibus causſis pign.* tantum de fructibus, in praedio natis, tradit, eos tacite oppigneratos eſſe domino, etiamſi nominatim id non conuenerit ac per id reliquas res mobiles, a colono innectas atque illatas, haud obſcure excludit. Colligimus eamdem rem 4) non minus ex eo, quod leges quidem nonnunquam pignoris mentionem fecerint, in rebus a colono illatis atque inuectis domino conſtituti; verumtamen ſemper conuentionem ſupponunt, qua oppignoratio ſit facta. Ita imperator §. 3. *I. de interdictis* Saluianum interdictum tribuit domino, quo ille vti poſſet *de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigiſſet;* eadem autem ratione L. 5. C. *in quib. causſis pignus* rectorem prouinciae illata et inducta in fundum reſtituere iubere ſcribit; *niſi ſpecialiter ea obligata monſtrentur*: idem tandem patet ex *L. 5. C. de locat. conduct.* et quis non videt, hac lege voluntatem domini denotari

tari conuentionem pignoratitiam? Haec sunt argumenta, quibus nostra corroboratur sententia: ea, quae ad sulciendam aduersariam proferuntur, sunt, quod 1) horreum sit praedium rusticum atque *L. 3. D. in quib. caussa pign. tacite contrahat.* res, in illud illas tacite locatori oppigneratas esse statuatur: 2) *L. 7. D. in quibus caussis pign. tacite contrahat.* de praediis rusticis sit sermo ac pignora esse tradatur, quae illata fuerint, vt ibi sint: locatori 3) generatim in rebus in praedium rusticum illatis concedatur hypotheca tacita, *L. 5. C. in quib. caussis pign.* ac 4) pignoris locatori in rebus illatis competentis clare mentio fiat in *L. 5. C. locati.* In aliam discedunt sententiam: DIONYS. GOTHOFREDVS, *not. ad L. 3. D. ex quibus caussis pignus.* BEVTHERVS *tract. de iure praelat. part.* II. *cap.* 16. HIERON. TREVTLERVS, *vol.* II. *disp.* 1. *thes.* 4. nec non WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theoret. practic. libr.* XX. *tit.* 11. §. 104. *vol.* II. p. 106. reliqui autem iurisconsulti cum PETR. MVLLERO, *ad Struuium exercitat.* XXVI. *thes.* 16. *tom.* II. p. 27. HVG. DONELLO *de pignor. cap.* 4. VLRIC. HVBERO, *prael. iur. ciuil. secundum ord. dig. libr.* II. *tit.* II. §. 4. IO. ERN. WESTPHAL, *vom Pfandrecht*, §. 104. atque ADOLPH. DIETR. WEBERO *in dem Versuch über den wahren Sinn des L. 5. C. de iur. conf.* Rostochii, CIↃIↃCCLXXXI. nobiscum consentiunt. Idem statuerunt iurisconsulti Ienenses, in sententia, in *caussa des Commerraths von Böttticher*, contra *der Tamnischen contradict.* versus Gueiferbytum mens. Febr, ann. CIↃIↃCCLXXXI. lata.

§. XIV

§. XIV.

Si conductor ſublocationem iniit, ea, quae a ſubconductore in aedes ſunt illata atque inuecta, tacite primo locatori haud ſunt oppignerata.

Quum 1) primus locator particeps haud factus eſt conuentionis, quam ſublocator cum ſubconductore iniit, ſecundum naturam ſublocationis: iſte ſubconductor locatori nulla ratione eſt obligatus; quo vero poſito, merito negare poſſumus, locatorem eius in conductoris bonis ius quoddam reale ſibi tribuere poſſe. 2) In *L.* 24. §. 1 *D. locati* duo eaque grauia deprehendimus documenta, ex quibus ſententia noſtra corroboratur, quum non ſolum negat, res poſterioris conductoris domino obligari, vbi colonus fundum locauerit; ſed etiam addit, fructus ſolum in cauſſa pignoris manere. Illud ideo ſtatuit iurisconſultus, quod in fructibus illis reuera iam ius reale habuerit dominus; antequam illi ad ſecundum conductorem peruenerint ac ius reale ſaluum maneat, licet res alterius ſit in manibus; ea autem ratio deficit in rebus aliis conductoris, quas intulit in aedes, ſine vlla eius voluntate. Tandem 3) PAPINIANVS in *L.* 53. *D. locati conducti* negat, fideiuſſorem reipublicae teneri, licet nomine eius manceps, apud quem ſeſe pro colono obligauit, contractum locationis conductionis cum colono celebrauerit. Haec ſunt argumenta ad corroborandam ſententiam noſtram iuſeruientia; ea autem, quibus aduerſarii vtuntur, ſunt, quod ſolum *L.* 5. *pr. D. in quib. cauſſis pign. vel hypoth. tacit.* contra inuecta eius, cui gratuita praeſtatur habitatio domino oppignerata eſſe negetur: inter

inue-

inuecta ea quoque comprehendi videantur, quae subconductori competant ac L. 24. §. 1. D. *loc. cond.* locatori praedii ruſtici in fructus, a ſubconductore conditos tacita adſignetur hypotheca; ſi ea autem iura, quae dominus praedii ruſtici in fructibus habeat, in inuectis atque illatis domino praedii vrbani competant. Aliam fouent ſententiam Io. BRONCHORSTIVS, *centur.* v. *miſcell. controuerſ.* 80. Io. HARPRECHTVS, *ad* §. 7. *Inſt. de action.* REINH. BACHOVIVS, *de pignor. libr.* 1. *cap.* 11. *num.* 6. Io. BRVNNEMANNVS, *ad leg. fin. C. in quib. cauſſ. pignus vel hypotheca tacite contrahat.* WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theoret. practic libr.* XX. *tit.* 11. §. 3. p. 110. ANDR. WEGE, *tractat. de locat. et conduct. cap.* 7. *num.* 147. p. 304.

§. XV.

Vxor in bonis mariti ob alimenta, quae ex iis petit, necessaria, tacitam hypothecam non habet.

Certum eſt atque expeditum, pignus tacitum haud cogitari poſſe; niſi adſit lex, quae illud tribuit eamdemque ob rem omnia illa iura realia, in cerebro horum, vel illorum iuriſconſultorum nata, ſunt nullius momenti; verumenimuero legem inuenire non poſſumus, quae hac in re vxoris rationibus proſpiceret. Qui aliud ſtatuunt, tacitam hypothecam ex eo deriuant, quod dos marito pro alimentis vxoris praeſtandis conſtituatur et obligatio reddendi dotem cum officio, vxorem alendi prope conueniat, ANT. FABER, *libr.* 1. *cod. tit.* VIII. *def.* 26. IOACH. MYNSINGERVS. *cent.* 1. *obſ.* 64. GOTHOFR. NIC. ITTIGIVS, *diſſ. de vidua, vsque dum ipſi ſatisfiat,*

ex

ex mariti bonis ſuſtentanda, cap. 3. §. 7. MERCVR. MERLINVS *de pignor. libr.* III. *quaeſt.* 11. *num.* 1. SAM. STRYCKIVS, *vſu. mod. pandectarum, libr.* XX. *tit* 11. §. 9. ſed eamdem, quam tradidimus, ingreſſi ſunt ſententiam ANT. PEREZ, *ad tit. C. de rei vxoriae actione, num.* 11. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* XII. *controu. cap.* 33. atque alii.

§. XVI.

Ex ſententia iuris ciuilis in fructibus rei oppigneratae, a tertio poſſeſſore perceptis, pignus competit creditori, ſi eos ſeuit debitor.

1) Certum eſt, re oppignerata, pignus extendi ad fructus, qui ex re percipiuntur, vti non ſolum conſtat ex exemplo ancillae partus *L.* 26. §. 2. *D. de pignor. ex hypothecis*; ſed etiam ex *L.* 3. *D. in quibus cauſſis pignus* clare conſtat. Neque 2) dubitandum eſt, partum apud debitorem conceptum pignoratum fuiſſe, licet apud tertium in lucem editus ſit. Docet id clare iurisconſultus, *L.* 18. §. 2. *D. de pignorat. act.* atque eo accedit, Stoicos partum, antequam edatur, mulieris habuiſſe portionem, obſeruantibus SENECA, *epiſt. vlt.* QVINCTILIANO, *de placit. philoſophor. libr.* V. *cap.* 15. *et* 16. haecque Stoicorum placita adoptarunt iurisconſulti, *L.* 1. §. 1. *D. de inſpic. ventre* ac *L.* 3. *D. de poenis*, vt copioſius exponit Io. FRANC. RAMOS, *erroribus Triboniani*, p. 241. ac hanc ob cauſſam vſucapi partum, apud furem ancillae conceptum negarunt, *L.* 48. §. 5. *D. de furtis* ac *L.* 33. *pr. D. de vſurpat. et vſucap.* Quodſi vero haec ſtatuant iurisprudentes, neque minus idem adparet ex *L.* 26. §. *vlt.* D. *de pignor. et hypothecis* ac *L.* 1. *C. de partu pignoris.*

Con-

Contrarium illud concludi posse ex L. 29. §. 1. D. *de pignor.* merito negamus *) de partu; nonne vero multo maiori iure eos idem existimare oportuit de fructibus, quibus

*) Verba huius legis in Florentino codice ita exhibentur: *Si mancipia in causſam pignoris cecidernnt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt, quod tamen diximus, etiam adgnata teneri, sine specialiter de his conuenerit, sine non, ita procedit, si dominus eorum ad eum pervenit, qui obligauit, vel heredem eius, ceterum (si) apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.* HALOANDER verba: *si apud alium dominum pepererint* penitus omisit ac GOTHOFREDVS in eodem loco ad lineolas suas confugit et postrema verba: *non erunt obligata* iis inclusit; haud tamen rationem in notis iudicauit, quare attentionem lectorum in illa excitare voluerit. Vtebatur potissimum iis signis RVSSARDVS, vt verba, quae in codice Florentino deficerent, illis indicaret quumque idem faceret CHARONDAS aeque ac PACIVS, illorum exemplum imitatus est; verum enimuero diuersa illa signa, quae litteratissimi hi viri adhibebant, GOTHOFREDVS ita commiscebat, vt iam dudum alii animaduerterent, nihil certi ex iis esse colligendum, vti GVIL. BESTIVS de *rat. emendandi leges*, *cap.* XXV. §. 1. ac CHRIST. HENR. ECKHARDVS, *hermeneut. iuris*, *libr.* I. *cap.* II. §. 86. hacque in re nequidem adcurate ea retineret, quae deprehendimus in Taurelliana editione. Eius rei exemplum exhibet locus noster, quum frustra quaerimus memoratas lineolas in editione TAVRELLIANA eamdemque ob causſam earum iam rationem haud habeo atque argumentum omitto, quod in priori huius libri editione ex illis a me est ductum. Eo minus illi inhaereo, quod reuera plane sensum haud habeant reliqua huius propositionis verba, si ea in dubium vocare ac delere vellemus. Etsi vero haec ita sese habeant: semper tamen persuasus fum, recte sese haud habere lectionem huius legis, vti in Florentino exhiberur codice atque potius credo, glossema esse ieiunum cuiusdam iuris interpretis antiquioris, qui maius lumen accendere voluerit verbis, ad ipsam legem pertinentibus, *si apud alium dominum pepererint*; nec tamen ponderaret, secundum iuris principia magis ad conceptionem foe-

quibus cum partus compararent Stoici, obseruante PLVTARCHO, *de pugnis Stoicor. cap.* 62. atque hac in re eos sequerentur iurisperiti? Haec quum ita sese habeant,

tus; quam eius natiuitatem respicere debere, vbi eius mater; antequam illum in lucem ederet, alium dominum esset nacta et iam quaestio in medium proferretur, cuius in dominio esset partus. Concludo illud ex eo, quod verba memorata cum reliquis, vti scilicet Florentiae exhibentur, haud sunt coniuncta; neque iis adcommodata. Inclusa est particula *si* signis parentheseos ( ) ideoque haud reperitur in Florentino codice; sed potius a TAVRELLIO adiecta, vti adparet ex iis, quae ad ECKHARDI *hermenent. iur. libr.* 1. *cap.* 21. p. 116. notaui; vbi vero illam delemus, profecto haud scimus, quid hisce verbis sibi velit iurisconsultus et, eadem manu aliena irrepsisse, statim adparet. Accedit, quod Haloandrina in editione eadem prorsus desiderentur; vbi vero horum verborum rationem prorsus haud habemus, effatum hoc cum reliquis supra adlegatis satis commode conciliari potest.

Neque vero obstare puto legem memoratam sententiae, quam adoptaui, de partu ancillae pignorato, si quoque lectionem illius integram esse statuamus eamque in digestis ita a Triboniano translatam esse suspicamur, vti illam TAVRELLIVS nobis exhibet. In eo de conceptione ipsa, aliis in legibus partus procreationi opposita, non est firmo. Quum itaque statui nequit, iurisconsultum respicere casum, quo praegnans iam fuerit ancilla, vbi ad alium peruenerit, commode quoque memorata lex eo de casu explicanda est, vbi ancilla quoque apud eum dominum, penes quem peperit, concepit. Haud quidem omnes veteres iurisconsulti denegare potuerunt creditori in partum ancillae oppigneratae ius pignoris, si quoque haud concepit apud illum, qui eam oppignerauit; sed apud tertium, quumque plures cum Stoicis docerent, partum in vtero esse portionem matris et quod de hac obtineret, adfirmari quoque posse de partu, vti scimus de VLPIO MARCELLO, L. 10. §. 2. D. *de vsucapion.* necesse fuit, vt quoque iidem, ius pignoris ad partum eodem momento, quo sit conceptus, sese extendi, statuerent; sed singularem hanc sententiam iam a

LVC.

beant, nec diſtinguendum eſt, vtrum nati ſint fructus apud debitorem; an apud tertium; verumtamen aliud ſtatuitur a quibusdam, hoc ſi contingat, quoniam naſcuntur ex re emtoris ideoque pignore adfecti haud videantur neque exſtitere, quum fundi oppignerationem ſuſcipere potuit ac reuera ſuſcepit. Inter eos reperitur quoque SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſ. libr.* XX. *tit.* 1. *quaeſt.* 9.

§. XVII.

Si quis hypotheca generali aeque ac ſpeciali simul munitus est ac istius conuenit posſeſſorem: actori merito opponit exceptionem excussionis posſeſſoris hypothecae specialis, siue ex conuentione deſcendat hypotheca; siue ex lege.

Patet haec propoſitio euidenter ex *L.* 2. *C. de pignor.* ac *L.* 9. C. *de diſtract. pignorum* quumque illae leges diſtinctione, quam tetigi, plane ſuperſedent, nec illius rationem habere poſſumus. Qui aliter ſentiunt, ſupponunt, haud praeſumendum eſſe, creditorem voluiſſe conditionem ſuam deteriorem reddere, quum praeter generalem hypothecam, quae ipſi

LVC. CERVIDIO SCAEVOLA eſſe reiectam, ex memorata lege clare adparet. Conferas Io. ALTAMIRANVM, *tract.* XI. *in libros* XIII. *prior. quaeſtion. Scaevolae, tom.* II. *theſ. iuris ciuil.* et *canon.* GERH. MEREMANNI, p. 54. EDM. MERILLIVM *libr.* I. *obſeruat.* cap. 16. ac Ios. FERNANDEZ DE RETES, ad *leg. Attiniam, Iuliam* et *Plautiam de prohibita vſucap. ver. furtiuar. tom.* VI. *theſ. iuris ciuil. Meermann.* p. 18. ego vero etiam dicendi hoc argumentum perſequutus ſum *not. ad Eckhardi hermeneut. iur. libr.* 2. *cap.* IV. §. 139. p. 239.

competeret ex lege, ſpecialem ſibi conſtituendam curauit; hoc autem omnino eueniret, vbi ipſi obſtaret exceptio excuſſionis, ſi iam vti vellet hypotheca ſua generali. Ita ratiocinatur Avg. Leyserus, *ſpec.* ccxxv. *med.* 7. hoc nomine notatus ab Ad. Dietr. Weber, in den *Beyträgen zur Lehre vom ſtillſchweigenden Conventionalpfandrecht*. num. ii. §. 3. p. 59. ac Io. Ern. Ivst. Mvllero, *obſ. pract. ad Leyſerum*, *vol.* ii. *faſcic.* ii. p. 209.

§. XVIII.

Vbi creditor hypothecam generalem aeque ac ſpecialem habet ac contra ipſum debitorem actionem instituit hypothecariam, hic exceptionem excussionis hypothecae ſpecialis opponere nequit, siue illam ipse; siue tertius possideat.

Illud fieri haud poſſe, ſi tertius eiusmodi hypothecam posſideat, extra omnem dubitationem eſt poſitum ac recentiore aetate demonſtratum ab Ad. Dieterico Weber, *in den Beyträgen zu der Lehre vom ſtillſchweigenden Conventionalpfandrecht*, num. ii. §. 5. p. 65. neque vero minus id ſtatuo, vbi debitor illam poſſideat, quoniam 1) debitor quoque perſonali conueniri actione poteſt ac ſi hoc euenit, eligere creditori licet quamlibet rerum ipſius, quae ſit executionis obiectum. 2) leges ipſi beneficium hoc excuſſionis haud adſignant: ei tamen ſententiae inprimis opponitur *L.* 9. *C. de diſtract. pignor.* Neque minus aequitatem naturali debitori hoc loco prodeſſe ſupponitur atque his adiicitur, non ſine ratione ſpecialem aeque ac generalem hypothecam conſtitutam eſſe hancque requirere, vt ad generalem

Digitized by Google

neralem hypothecam prius creditor haud perueniat, quam si non ipsi satisfieri possit ex hypotheca speciali. Nostram sententiam fouent Io. VOETIVS, *comm. ad pand. tit. de pignor. et hypothecis*, §. 15. ANTON. FABER, in *cod. Sabaud. libr.* VIII, *tit.* VI. *def.* 9. Io. BRVNNEMANN, ad *L.* 2. *C. de pignor.* Io. HENR. BERGER, *elect. discept. for.* p. 1650. ac ERN. CHRIST. WESTPHAL, *in der Erläuterung der römischen Gesetze vom Pfandrecht*, p. 88. sed ab illa alieni sunt praeter antiquos glossatores ad *L.* 2. *C. de pignor.* HARTM. PISTOR *part.* III. *quaest.* 13. DAV. MEVIVS, *part.* II. *dec.* 116. *part.* IV. *dec.* 48. Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVS *not. ad Struu. iurisprud. forens. libr.* II. *tit.* XXXV. §. 20. ac SAM. STRYCKIVS *de cautel. contract. sect.* II. *cap.* IV. §. 17.

§. XIX.

Ius reale, quod creditori pignus praebet, ipsi quoque ob vsuras morae competit; ad illas vero, quae ex conuentione petuntur, haud aliter sese extendit; quam si clare id quoque ob illas est constitutum.

Obligatio, vsuras morae soluendi, ex ipsa obligatione, sortem soluendi, debitori competente, est deriuanda quumque ob hanc pignus constituitur ac creditori securitatem praestat, sine dubio quoque id ad vsuras extendi debet morae: verumenimuero hoc haud possumus statuere de vsuris conuentionalibus, quum extensio pignoris prorsus est prohibita *L.* 4. §. 1. *D. in quibus caussis pignus; vel hypotheca* ac cum ipsa L. 4. *C. de vsuris* est iungenda. Quum hanc adhibemus distinctionem, nostrae propositioni non solum aduersatur ea,

quae ad cuiuslibet generis vſuras extendit pignus; ſed etiam iſta, quae vſuras generatim ab omni pignoris excludit iure. Quum ad hanc probandam ii, qui eam proferunt, prouocant ad *L.* 11. §. 3. *D. de pigneratit. act.* ac *L.* 13. §. *vlt. D. de pignor.* cum Io. VOETIO *ad pandect. libr.* XX. *tit.* IV. *num.* 27. SIMON VAN LEEUWEN *cenſura for. part.* I. *libr.* IV. *cap.* II. *num.* 21. ANTON. FABRO *cod. Sabaud. libr.* VIII. *tit.* 8. *def.* 8; illi, qui iſtam fouent opinionem, inprimis confugiunt ad L. 8. §. 5. *D. de pigneratit. act.* Inter hos numeramus ANTON. NEGVSANTIVM, de *pignor. part.* V. *membr.* 1, *num.* 10. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVM, *colleg. theor. practic. libr.* XX. *tit.* I. §. 59. ERN. CHRIST. WESTPHALIVM, *loc. memorato* §. 10. ac FRID. ES. PVFENDORFIVM, *tom.* I. *obs.* 13. ADOLPHI autem DIETR. WEBERI ſententia eſt, quam ego amplector; ipſe vero ſatis eleganter expoſuit *in der kurzen Erörterung der Frage ob und in wie ferne das Pfandrecht ſich auſer dem Capitál auch auf Zinſen, Koſten und Conventionalſtrafe erſtrecke, wenn keine ausdrückliche Verabredung vorhanden?* Exſtat in eiusdem *Beyträgen zu der Lehre vom ſtillſchweigenden Conventionalpfandrecht*, p. 93.

§. XX.

In hypotheca ſpeciali exceptio excuſſionis opponi nequit a poſſeſſore hypothecae tertio.

1) Qui beneficium excuſſionis tribuunt poſſeſſori hypothecae tertio, prouocare ſolent ad *Nouell.* IV. *cap.* 1. eam tamen non de omnibus hypothecis eſſe interpretandam, adparet ex *Nouell.* CXII. *cap.* 1. in qua creditori

ditori tribuitur facultas, a quocunque poſſeſſore hypothecam vindicandi. Ceſſat 2) in hypotheca ſpecialis ratio, cur excuſſionis exceptio in generali detur tertio poſſeſſori. Non; niſi in eo iſta eſt ponenda, quod debitor principalis ordinarie res adhuc poſſideat, quae non minus oppigneratae ſunt creditori; quam eae, quarum poſſeſſionem a tertio poſſeſſore petit; ſed hoc affirmari haud poteſt, vbi hypotheca ſpecialis eſt ei data. 3) Vbi a debitore principali id nanciſci neqneo, quod a tertio peto, ibi locum non habet exceptio excuſſionis. Actione hypothecaria a tertio rei oppignoratae poſſeſſore peto, vt eius poſſeſſionem, donec mihi ſatisfactum fuerit, concedat: illud autem a debitore principali, ſi hypotheca ea ſpecialis mihi eſt data haecque ad tertium peruenit, nanciſci nequeo, ideoque neque ad eum me conuertere, exceptione excuſſionis cogi poſſum. Quibus aliud placet, ante omnia animaduertunt, antiquiori tempore, ſemper debitorem principalem a creditore excutiendum fuiſſe ac primum praetorem Seruium, cui actionem debeamus Seruianam, illud mutaſſe; Iuſtinianum autem *nou.* IV. ius antiquum renouaſſe *nou.* III. eumque in finem ad *auth. ſed hodie C. de oblig. et act.* atque *auth. Hoc ſi C. de pignor.* prouocant. Quaeſtio haec ita controuerſa eſt, vt quatuor in claſſes diſtribuendi ſint iurisconſulti, qui illam tetigerunt. Nonnulli omni diſtinctione ſuperſedent et iam tuentur ſententiam, quam ego ſum amplexus, videlicet BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XVIII. *def.* 8. et *libr.* II. *reſp.* 72. HENR. HAHNIVS *ad Weſembecium, tit. de diſtract. pignor. num.* 1. IO. VOETIVS, *comm. ad pand. libr.* XX. *tit.* IV. §. 3. IO. HENR. DE BERGER, *reſolut. Lauterbach. libr.* XX. *tit.* 1. AVG. LEXSERVS, *ſpec.* CCXXV. *corrol.* 2. ac FRANC. CAROL.

CONRADI, *diss. de beneficio excussionis possessori hypothecae specialis non competente*, Helmstadii cIↃIↃCCXLII. Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER, *obs. iur. vniuersi, tom.* II. *obs.* 686. et in *den Wezlarischen Nebenstunden*, nr. XIV. p. 95. Alii sine vlla distinctione ei concedunt exceptionem hanc cum DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedenken, Band* V. *Bed.* 20. ac CAR. FERD. HOMMELIO *rhaps. obs.* 875. Alii autem rem distinguendam esse censent, ea tamen ratione, vt quidem possessori tertio hypothecae specialis solum exceptionem excussionis tribuant, si possessor rem hypothecae esse suppositam ignorauerit, cum BENED. CARPZOVIO *part.* II. *const.* XVIII. *def.* 13. MICH. GOTTFR. WERNHER *lect. commentat. ad dig. libr.* XX. *tit.* 1. §. 7. ac IO. BALTH. DE WERNHER, *select. obsernat. tom.* 1. *part.* 1. *obs.* 130. alii autem, vbi ante litem res sit alienata, sine discrimine, creditori, debitorem principalem vt conueniat, imponunt; si vero res, durante lite, sit in tertium translata, ei partim exceptionem penitus denegant; partim distinguunt, vtrum pignoris nexus illi notus fuerit; nec ne, et saltim priori casu eum exceptione hac frustra vti putant. Priorem in censum veniunt Io. NIC. HERTIVS, *diss. de differentiis pignoris generalis et specialis*, *cap.* V. §. 8. *vol.* II. *tom.* III. *comment. et opuscular.* p. 126. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XX. *tit.* 1. *quaest.* 14. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obs. iur. vniuersi. tom.* III. *obs.* 67. ERN. CHRIST. WESTPHAL, *in dem Versuch vom Pfandrecht*, p. 399. ac Io. CHRIST. KOCHIVS, *de beneficio excussionis tertio hypothecae specialis possessori competente*, Giessae cIↃIↃCCLXXI. in posteriorem vero NIC. HIERON. GVNDLING, *singular. de beneficio excuss. capitibus*, *cap.* 5, ac Io. BALTH. WERNHER, *diss. de beneficio*

neficio ordinis; siue excussionis possessori extraneo aduersus creditorem siue ex generali; siue speciali hypotheca agat contra spuriam Nou. CXII. cap. 1. interpretationem competente, Vit. CIↃIↃCCXXV.

§. XXI.

Si creditor hypothecarius in nouam oppignorationem consentit, per id ius reale haud perdit; sed solum locum, quem tenuit, nouo relinquit creditori.

1) Interpretatio facti, quae minus nocet, in dubio semper est praeferenda. 2) Renunciatio quaelibet stricte est interpretanda, vt ius renunciantis, quantum fieri possit, conseruetur. 3) Tradit hoc clare MARCIANVS, in *L.* 12. §. 4. *D. qui potiores in pignore* duplici ratione. Quum ab initio saltem potiorem esse scribit nouum creditorem, haud obscure per id nobis significat, eum, cui prius hypotheca est constituta, a pignore hoc haud excludi; sed longe euidentius postea id docet, dum distinguit, vtrum eo animo noui pignoris permiserit constitutionem, vt ab hypotheca in totum discedat; an eo animo id haud sit factum ac quidem priori casu pignus hoc extingui tradit: minime autem in posteriori casu. Neque 4) minus nobis, haec existimantibus, fauet PAVLLVS, *L.* 12. *quib. mod. pignus vel hypotheca soluitur*, quum creditori consentienti locum solum, quem alioquin habuit, inter creditores hypothecarios denegat ac per id ei denuo ius reale conseruat. A nostra sententia alieni sunt, quum ei potissimum opponunt, quod PAVLLVS, L. 12. pr. *D. quibus mod. pign. vel hypotheca soluitur*, tradit ac eum

hac *L.* 12. *§.* 4. *D. qui pot. in pignore* et *L.* 9. §. 1. *D. quib. mod. pign. vel hyp. ſolu.* coniungunt HARTM. PISTORIS, *libr.* III. *quaeſt. iur. cap.* 26. GEORG. FRANZKIVS, *comm. ad pand. tit. quibus modis pignus; vel hypotheca ſoluitur, num.* 124. MATTH. BERLICHIVS, *part.* I. *concluſ.* 66. *num.* 67. GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* XXVI. *theſ.* 49. *tom.* II. p. 64. eiusque interpres, MVLLERVS, *ad hunc loc.* nec non Io. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant.* p. 480. ſed nobiscum conſpirant: BENED. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* XXVII. *def.* 130. Io. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 3. *C. de remiſſ. pign.* AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CLXXIII. *med.* 3. CHRIST. THOMASIVS, *de remiſſ. pignoris tacita per conſenſ. in nouam oppignerat.* Halae, CIↃIↃCCXV. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Reechtsmaterien, tom.* I. p. 149.

§. XXII.

Aliter vero res ſeſe habet, si in ipſam alienationem creditor hypothecarius conſenſit; neque ius pignoris sibi reſeruauit.

1) Docet hoc CARVS, *L.* 158. *D. de R. I.* vbi creditorem pignus dimittere ſtatuit, ſi permittit rem venire. Eadem ratione 2) denegat actionem hypothecariam creditori, qui in alienationem conſenſit, *L.* 8. *§.* 6. *D. quibus mod. pignus: vel hypotheca ſoluit.* Tandem 3) eamdem rem declarat VLPIANVS, *L.* 4. §. 1. *D. quibus modis pignus ſoluitur*, quum claris verbis requirit, vt quis ius pignoris ſibi reſeruauerit, ſi ſaluum eſſe velit. Aliud ſtatuunt ob *L.* 4. §. 1. *D. quibus modis pignus, vel hypotheca ſoluitur*, ac *L.* 9. *C. quae res pignori* ABRAH. WIELING, *libr.* I. *lect. iuris ciuilis, cap.*

cap. 14. atque Avg. Leyserus, *ſpec.* ccxxxv. *med.* 1. hoc nomine notatus a I. L. E. Puttmanno, *aduerſar. libr.* 1. *cap.* vii. p. 122.

§. XXIII.

Reſciſſa ob enormem laesionem emtione, hypothecae quoque in re emta ab emtore conſtitutae euanescunt.

Si 1) reſcinditur emtio venditio, res eum in ſtatum redigitur, quo fuit ante emtionem, quumque iſto tempore in re aliena valide haud conſtituere poſſet hypothecam, neque iſta pro valida habetur, quae poſtea ab ipſo eſt conſtituta, 2) Si res vendita eſt ſub pacto addictionis in diem; vel lege commiſſoria atque per id euenit, vt illa reſcindatur; antequam autem hoc contingit, hypotheca eſt conſtituta: illa euaneſcit, reſciſſa emtione, quemadmodum conſtat ex L. 3. D. *quib. mod. pign.* ac L. 4. §. 3. D. *de in diem addict.* vbi autem hoc ſtatuendum eſt, idem quoque fieri debet, ſi ob enormem laeſionem emtio venditio reſcindatur. Verum tamen ſunt plura argumenta, quibus contraria ſententia probari ſolet. Potiſſimum ex eo peti ſolent, quod 1) emtor, quamdiu emtio venditio haud reſciſſa fuerit, dominium rei habuerit hocque ipſi quoque facultatem dederit, rem oppignerandi: 2) hypotheca tranſire ſoleat cum re, cui inhaereat, ad tertium poſſeſſorem, idque obtineat potiſſimum, ſi cum libera voluntate eius fiat, qui adhuc rem poſſideat haecque non neganda in reſciſſione venditionis ob laeſionem enormem, quoniam eam euitare potuerit emtor, ſi potius

Lae-

laesionem illam reparasset: 3) ius reale praecedat iuri personali atque venditor solum hoc habeat, secundum *L.* 2. *C. de rescind. vendit.* istud autem denegari nequeat creditori pigneratitio ac tandem 4) venditor haud possit agere contra tertium ex *L.* 2. *C. de rescindenda vend.* si in illum res sit alienata; hoc vero posito nec exspirare possit ius hypothecarium, quod quis semel sibi adquisiuerat. Nostram sententiam tuentur ANTON. NEGVSANTIVS de *pignor. membr.* I. *part.* V. *num.* 43. ANDR. FACHINAEVS, *controu. iur. libr.* II. *cap.* 23. CHRIST. PHIL. RICHTER, *part.* II. *decis.* 99. *num.* 222. SAM. DE COCCEII, *iur. controuerso*, *tit. de rescind. vend. quaest.* 25. atque auctores der *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *tom.* III. *med.* CXXVII. p. 84. Sed ei repugnant REINH. BACHOVIVS, *de pignor. libr.* V. *cap.* 13. GEORG. AD. STRVVIVS. *ex.* XXIII. §. 87. ARNOLD. VINNIVS *select. iuris quaest. libr.* II. *cap.* 5. atque alii.

SECTIO

SECTIO TERTIA
DE
IVRIBVS ET OBLIGATIONIBVS PERSONALIBVS.

CAPVT PRIMVM
DE
CONVENTIONIBVS GENERATIM SPECTATIS.

---

§. I.

NEGOTIVM, ob deficientem certiorationem inualidum, accedente iureiurando, haud conualeſcit.

1) Iusiurandum illud ſemper eſt iusiurandum promiſſorium: hinc acceſſorium contractus ideoque effectum haud producit, ſi inualidum pactum eſt, cui accedit. 2) Si iurans perfecte ſcire debet ac intelligere id, de quo iurat, iuraſſe quisquam haud eſt cenſendus, qui, vbi ei id haud ſit notum, iurisiurandi vinculo ſeſe obſtringit. 3) Ad ignota iusiurandum non extenditur. Argumenta aduerſariorum petuntur imprimis ex *cap.* 28. x. *de iureiurando* ac c. 2. *de iureiurando in* 6. Inter hos numeramus ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſeruat. cap.* 77. Io. ZANGERVM, *de exception. part.* IIII. *cap.* II.

num.

num. 163. HENR. HAHNIVM, *ad Wesenbeccium*, *tom.* II. p. 365. IVST. HENNING. BOEHMERVM, *ius. protestantium ecclesiastico*, *tom.* I. *libr.* II. *tit.* XXXIV. §. 22 ac DAV. GEORG STRVBEN, in den *rechtl. Bedenken*, *tom.* I. *Fed.* 24. p. 64. Certa ratione iis repugnat CHRIST. HANEWINCKEL, *diss. de iurisiurandi in contract. puberum confirmand. efficacia*, Götting. CIↃIↃCCLXV. ac nostram in sententiam discesserunt IVL. FRID. MALBLANC, *doctrina de iureiurando*, *libr.* V. *cap.* I. p. 499. ac CHRIST. FRID. SCHORCHTIVS, *von der Ungültigkeit des Eides bei ungültigen Verträgen*, Ienae, CIↃIↃCCLXXXVI.

§. II.

Etsi contrahentes de instrumento, super contractu conficiendo conuenerint, ille pro contractu in scriptis inito prius haud est habendus; quam si inter partes expresse pactum sit constitutum, se nolle sine scriptura obligari.

Clare hoc constat partim ex *pr. I. de emt. vendit.* partim ex *L.* 17. *C. de fide instrumentorum*; qui vero eiusmodi pacto expresso haud opus esse putant, non minus ad legem memoratam confugiunt ibique verba deprehendi putant, quae ipsis faueant. Lis memoratu est digna, quae hac de quaestione est agitata. Quum BRVNNEMANNVS ad L. 17. C. *de fide instrumentor.* negaret, quamlibet scripturam super conuentione faciendam sufficere ad contractum, qui in scriptis initus initus esse dicitur; sed reuera sententiam amplecteretur, quae mihi quoque placet eumque in finem animaduerteret, locum hunc contractum prius haud habere; quam si ab initio inter partes conuenerit, vt super contractu in-

inſtrumentum fieret ac tum demum, vbi hoc ſit confectum, eſſet obligatio: refutauit illum GVIL. LEYSERVS, *diſp. de contractibus, qui in ſcriptis fiunt*, ann. cIↃIↃCLXXXII BRVNNEMANNI defenſionem in ſe ſuſcepit eius gener SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contractuum, ſect.* II. *cap.* 8. §. I. ſqq. LEYSERVS reſpondit illi in *diſſ. altera de contractibus, qui in ſcriptis fiunt*, cIↃIↃCLXXXVII. STRYCKIVS haud adquieuit; ſed nouae editioni *cautelarum vindicias communis opinionis de expreſſo pacto ad venditionem in ſcriptis celebrandam neceſſario* adiecit ac deinde patris ſententiam propugnauit contra tela aduerſariorum filius AVG. LEYSERVS, *ſp.* CCLXXII. *med.* 2.

§. III.

Instrumentum, de conuentione quadam priuatim confectum ad probandam eam non valet; nisi iterum contrahentibus sit praelectum.

Si eiusmodi de inſtrumento eſt quaeſtio, aut ſubſcriptum eſt; vel ſignatum a partibus; aut id non eſt factum. Si poſterior locum habet caſus, nullo modo tali inſtrumento fidem habere poſſumus; quum 1) illud valere nequit; niſi conſtet, ſcribam cogitationes paciſcentium non ſolum rite percipere easque litteris mandare voluiſſe; immo et id potuiſſe et licet 2) ſcriba in ſcriptura, ea, quae iſta continet, voluntati partium conformia eſſe, declaret, ea, propterea quod priuata ſit ſcriptura, fidem haud mereatur: his vero denique 3) accedat L. 1. C. *plus valere, quod agitur*, qua legimus, veritatem rei maiorem habere virtutem; quam ſcripturam. Neque vero aliud ſtatuendum eſt inſtru-

Digitized by Google

inſtrumento ſubſcripto; vel ſignato. 1) In *L. fin. C. plus valere, quod agitur*, clare cautum eſt, inſtrumentum ſubſcribentem non obligare, ſi illud quidem ſubſcripſerat; non tamen perlegerat. 2) *L. 2. C. de reb. alienis non alienand.* tradit ſubſignationem contractum non probare, ſi ſubſignans conſenſum ei non accommodauit. c) Qui quidquam vt teſtis ſubſcribit, quod ſubſcripſit, per id haud adprobat. Aliud partim ex tacita adprobatione eius, quod inſtrumentum continet, per ſubſcriptionem facta; partim ex L. 9. §. 3. D. *de iuris et facti ignorantia* a quibusdam deducitur hocque placet Mich. Gottfr. Wernhero, *lectisſimis commentat. ad digeſta*, p. 141. ſed noſtra ſententia habet fautorem in Iust. Henning. Boehmero, *diſſ. de contractu non praelecto, cap. 1. tom. II. exercitationum eius ad pandectas*, p. 309. ſqq.

§. IV.

Qui ad caſus fortuitos ferendos ſe obligauit, ille etiam ſe obligauit ad caſus inſolitos.

1) Si quis caſus fortuitos in ſe ſuſcepit, etiam inſolitos in ſe ſuſcipere voluiſſe eſt cenſendus, propterea quod inſoliti inter fortuitos etiam locum tenent. 2) Tradit id clare L. 78. §. 3. *D. de contrah. emtion.* quum contra venditorem, qui caſum in ſe ſuſcepit, actionem etiam emti concedit ſi niues, quae frumenta corruperunt, immoderatae fuerint et contra conſuetudinem tempeſtatis, vt eleganter locum hunc Arn. Vinnivs, *lect. iur. quaeſt. libr. II. cap. I.* p. 288. emendat. Quoniam, qui aduerſariam tuentur ſententiam, paciſcentes

tes respexisse ad casus insolitos negant et ad incogitata pacta non trahuntur, opponere solent nostrae opinioni. Ita sentiunt BARTOLVS ad *L. 4. §. pen. D. si quis caut. iud. obtemp.* ac ANDR. GAILIVS, *libr. II. observat. cap. 23. num. 18.* Sed nobiscum conueniunt SAM. STRYCKIVS, *de cautelis contract. sect. II. cap. 9. §. 27.* ac SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr. XIII. tit. VI. quaest. 19. p. 714.*

§. V.

Pactum de non praestanda euictione est validum.

Quicunque iuri, praestationem euictionis exigendi, tacite renuntiare potest, illi idem peragere licet expresse; prius autem non negare possumus, si quidem tacite renunciamus huic iuri, vbi rem saltem tamquam spem eminus; vel rem alienam esse, haud ignoramus et tamen de ea pactum celebramus, secundum *L. 27. C. de euict. L. 7. C. commun. vtriusque iudicii.* Quodcunque 2) naturale saltim est contractus, de eo contrahentes conuentione, ipsi adiecta, pacisci queunt, vt absit; praestatio autem euictionis solum naturale contractus est. 3) Ait VLPIANVS, *L. 11. §. 18. D. de act. emti vend.* venditorem, qui solum pollicitus esset, per se venientesque á se personas non fieri; quo minus habere liceat, neque ex stipulatu; neque ex emto teneri, vbi res sit euicta. Distinguit POMPONIVS 4) tantum *L. 31. §. 4. D. de donat. inter vir. et vxorem.* num pactum de non praestanda euictione in continenti sit adiectum; nec ne; ac soluu posterius si acciderit, pactum irritum esse pronunciat. Rationem eius rei tantum in eo ponere debe-

mus, quod ſecundum praecepta iuris pactum eſſet nudum; nec viribus contractus firmamenti quid acciperet, ſi poſt temporis interuallum eſſet conditum; nonne autem ideo pactum validum eſſet, quum contractui in continenti adiiceretur? Tandem 5) ex *L. 69. pr. D. de euiction.* diſcimus, non teneri venditorem *euictionis* nomine, ſi liberum hominem tamquam ſeruum vendiderit libertatisque cauſſam in venditione eo modo exceperit, vt ob eam ad euictionem praeſtandam haud ſit obligatus: quo vero, quaeſo, pacto hoc ſtatuiſſet; niſi vera eſſet noſtra theſis? Argumenta aduerſariorum ſunt: quod 1) euictio inter naturalia interna referatur contractuum: 2) pactum nullum ſit, quod ſubſtantiae contractus repugnet: 3) *L.* 11. *§. vlt. D. de act. emt.* pactum de non praeſtanda euictione irritum declaret reque euicta nihilominus actionem concedat contra venditorem, licet tali pacto ſibi proſpicere ſtuduerit: 4) non minus ad eſſentiam locationis conductionis pertineat praeſtatio vſus et ſine ea haud valida ſit; idem autem in emtione obtineat: immo pacto tali vim quamdam tribuere, abſurdum ſit. Satis celebris eſt haec quaeſtio ob controuerſiam, quae noſtra aetate de illa agitata fuit inter iurisconſultos, quos noſtra aetas tulit, praeſtantiſſimos. Ivst. Henning. Boehmervs, *vindicias pacti de non praeſtanda euictione contra communes errores*, Hal. cIↃIↃccxxxv. in lucem emiſerat; ſed libellum hunc impugnauerat Franc. Alef, in *veritate communis opinionis circa pactum de non praeſtanda euictione contra nouiſſimos Boehmeri errores vindicata*, Heidelb. cIↃIↃccxxxvi. Patrem defendebat filius eius illuſtris, in *repetitis vindiciis pacti de non praeſtanda euictione oppoſitis erroribus enucleatis, quos propugnauit, Franc. Alef.* Halae, cIↃIↃccxxxvii. Cauſſam Alefii Io. Tobias Richterus

TERVS, in *diſſ. de pact. de euictione non praeſtanda inutili*, Lipſiae cIↃIↃCCXLVIII, denuo egit, ſed GEORG. LVD. BOEHMERVS ſuam ſententiam denuo expoſuit *praef. tom.* IIII. *I. H. Boehmeri exerc. ad pandectas*, quo paternae commentationi primus locus eſt adſignatus.

§. VI.

Pactum vſurarium haud integrum contractum, cui est adiectum, inualidum reddit.

1) Conſtat hoc ex *L.* 26. *C. de vſuris*, quum ſolum promissio modum vſurarum legitimum ſuperantium, innalida declaratur; minime vero ipsi contractui, cui accesſit, vis obligandi denegatur. 2) Si verum eſt, donationem quingentorum ſolidorum ſummam ſuperantem vel minimum ſine eius iudiciali inſinuatione validam eſſe, in quantum iſta modo memoratam ſummam haud excedat: nec ipſe contractus irritus eſſe poteſt, ſi quoque nullius sit momenti pactum vſurarium, quod ei accesſit; verum enim vero prius ſtatim liquet ex *L.* 34. §. 1. *C. de donationibus.* Contrarium concluditur ab aduerſariis ex *ordinatione imperii politica* de ann. 1577. *tit.* XVII. §. 8. atque ex *L.* 26. §. 1 *C. de vſuris* a BENED. CARPZOVIO *pract. rer. criminal. part.* II. *queſt.* 92. *num.* 25. ac DAV. MEVIO, *part.* VIII. *dec.* 185. *nr.* 1. ſed nobiscum conſpirant HARTM. PISTORIS, *obſ.* 65. *num.* 5. ANDR. GAILIVS *libr.* II. *obſ.* 4. et 6. AVG. LEYSERVS *ſpec.* CCXLVI. *med.* 6. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* I. p. 175.

CAPVT SECVNDVM

DE

PACTIS NVDIS.

§. I.

PACTVM nudum non parit actionem.

1) Ita hoc constat, vt nulla fere egeat probatione. Eamdem ob rem saltem ad notionem ipsam huius pacti prouocamus, quam *L.* 7. §. 4. *D.* et *L.* 10. 21. ac 28. *C. de pactis* exhibent, ac cum illa iungimus *L.* 27. *C. de loc. conduct.* nostram propositionem clare firmantem: neque tamen sine ratione illam formamus, propterea quod IAC. MAESTERTIVS, *de iustitia leg. Romanar. sect.* III. §. 1. et 2. atque AVG. LEYSERVS, *spec.* XXXIX. *med.* 4. aliud opinantur. Qui hoc statuunt, inprimis cum LEYSERO ad *L.* 10. *C. de contrah. stipul.* et §. 1. I. *de verbor. oblig.* prouocant, quum stipulationem actionem producere nequit ac ex modo nominatis legibus, differentiam inter illas ac pacta nuda ipso iure Romano sublatam esse credunt; iis autem responderunt SAM. DE COCCEII, *iur. controuerso libr.* II. *tit.* XIV. *quaest.* 2. p. 198. ac Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obs. pract. ad Leyserum, vol.* I, *fasc.* II. p. 90.

§. II.

Pacta nuda non sunt tractatus.

Soli

Soli si essent tractatus pacta nuda, nullum effectum producere potuerunt: illum autem negare non possumus, quum exceptionem producerent, *L.* 7. §. 4. *D. de pactis.* Vbi 2) consensus adest determinatus, ibi non amplius locum habet tractatus; adesse autem talem consensum in pactis, ipsa notio conuentionum docet, quarum species est pactum. Idem tradit Ern. Rvdolph. Brennevsen *diss. de inutil. pactorum diuisionibus*, Halae, cIↃIↃCXCVI. a nostra autem sententia discedunt, quod nulla ex pacto nudo oriatur secundum ius Romanorum obligatio Henr. Coccei *de vsu et differentia hodiernorum pactorum ac stipulat. vol.* 1. *exerc. curiosarum*, p. 1185. ac Henr. Bodinvs *vindiciis pactorum nudorum*, Halae, cIↃIↃCXCVI.

§. III.

Pacta de contrahendo sunt pacta nuda eamdemque ob caussam iure Romano haud pariunt actionem.

1) Si eiusmodi solum initur pactum de ineundo contractu: reuera ipse contractus non est perfectus; imperator autem *L.* 9. *in fin. C. de his, quibus vt indign.* nihil actum credi, dum aliquid addendum supersit. 2) Non minus §. 7. *in fin. I. quib. modis testam. infirm.* traditur ex negotio imperfecto nullum oriri ius; illud vero imperfectum esse constat ex eo, quod partes ad contrahendum conuenerunt; illud autem negotium nondum fuisse absolutum, nemo profecto statuere audebit. Si 3) extra omnem dubitationem est positum, priusquam scriptura confecta sit, si partes in scriptis contrahere voluerint, nullum contractum adhuc locum habere, etsi

iam contrahentes pacti ſint ac conſenſerint de pretio, ſecundum §. 1. *I. de emt. vend.* ac *L.* 17. *C. de fide inſtrum.* nec tale pactum quosdam effectus producere poteſt 4) Quum *L.* 17. *C. de fide inſtrum.* duplicis actus mentio fit, *dationis* nimirum *arrharum* ac *pacti*, quidquam quidem de iſta ſtatuitur; minime autem ei effectus tribuitur pacti. Tandem idem quoque 5) ex eo concluditur, quod valeat de teſtamentis quumque propoſitum teſtandi regulariter nullum effectum producit, si quis illud non recte eſt exſequutus atque aliud tantum obtinet in militibus, *L.* 3. *in fin. D. de teſtam. mil.* idem quoque adſumitur de actibus inter viuos. Ita ſentit HENR. COCCEII. *diſſ. de vſu et differentia pactorum et ſtipulationum, ſect.* I. §. 2. ſqq *tom.* 1. *exercit. curioſarum.* p. 1186. ab iis tamen discrepant, qui, quod regulariter pacta ſint ſeruanda, ex pacto de mutando, commodando aliisue contractibus ineundis actionem concedunt et ſolum eam ex pacto de emendo vendendo denegant cum SAM. STRYCKIO, *vs. mod. libr.* II. *tit.* XIV. §. 8. et *libr.* XII. *tit.* 1. §. 3. ac SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* II. *tit.* XIV. *quaeſt.* II.

CAPVT

Digitized by Google

CAPVT TERTIVM
DE
PACTIS VESTITIS.
MEMBRVM PRIMVM
DE
DONATIONE.

---

§. I.

DONATIO non est contractus.

1) Distinguit PAVLLVS, *L.* 14. *D. de precario* donationem a contractu et precarium magis illius; quam huius naturam sequi statuit. 2) Patet hoc statim ex natura contractuum. In quacunque conuentione negotium iure ciuili obligatorium haud inest, illa non est contractus. Haud inest in donatione eiusmodi negotium, vti partim ex legibus, videlicet L. 18. *D.* et *L.* 35. §. *fin. D. de donat.* partim ex eo patet, quod donator ad quidquam se obligat in donatione; neque id quoque ea forma peragit, qua obligandi haberet virtutem, hancque ob rem nec est contractus. Qui vero donationem contractuum in censum scribendum esse arbitrantur, sequentibus vtuntur argumentis, quod 1) ex simplici donatione nascatur condictio ex lege, secundum *L.* 35. *C. de donat.* ac *Nouell.* 126. *cap.* 1. §. 1. contractus autem potissimum producere actiones, liquet

ex *L. 7. D. de pact.* 2) emtionem venditionem esse contractum, nemo in dubium vocare possit; donatio autem in necessitate traditionis comparetur, §. 2. *I. de donat.* 3) secundum *L.* 22. *D. de donat.* donatio a contractibus bonae fidei excludatur; ea ex re autem colligatur illam esse contractum stricti iuris ideoque haud pactum legitimum sit; sed contractus: 4) *L. 7. C. de his, quae vis metusue caussa* donatio in contractuum censum clare scribatur; neque minus illud 5) fiat *L. 17. C. de fide instrumentor. L. fin. pr. C. de bon. quae liber. L. 8 pr. C. de praescript.* 30. *vel* 40. *annor. Nouell.* 38. *et Nouell.* 119. immo donatio quoque conditionalis cogitanda sit, qua sic quidquam donatur, vt donator non minus rei cuiusdam particeps fiat, L. *fin. C. de rer. permut.* eiusmodi donatio autem synallagma in se contineat et ob id pro contractu sit habenda. Aliud censent: IOANN. CORASIVS, *libr. 1. miscellan. cap.* 23. MATTH. WESENBECIVS, *paratitl. digestor. dig. de donat.* FRANC. HOTTOMANNVS, *disp. iur. ciuil. de donation. omn. gener. cap.* 1. cum aliis; sed recte refutantur ab ARNOLD. VINNIO, *comm. ad instit. pr. de donat. num.* 2. PETR. MVLLERO, *ad Strum. ex* XL. *thes.* 2. ac SÆM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXIX. *tit.* V. *quaest.* 1.

§. II.

Donatio non est modus adquirendi dominium.

1) Si modus esset adquirendi, non opus esset traditione, per quam in donatarium transferatur dominium; sed illa semper accedere debet donationi. Non cogno-

cognoſcimus illud ſolum ex §. 40. *I. de R. D.* verum etiam ex *L.* 35. *C. de donat.* 2) Vbi ipſa donatio transferre ſoleret dominium, non ex ea primum deſcendere poſſet obligatio ad rem tradendam et dominium transferendum; ad id tamen donatorem obligatum declarat *L.* 35. *C. de donat.* 3) Si in ipſa donatione dominium adquireretur, produceret illa actionem realem; ſed perſonalem tantum procreat, nimirum condictionem ex *L.* 35. *C. de donat.* 4) Pactis et conuentionibus dominia non transferuntur, *L.* 3. *D. de obligat. et action. L.* 20. *C. de pactis*; ſed pactis non poteſt non accenſeri donatio. Nihilominus huic propoſitioni refragari videtur ipſe IVSTINIANVS *pr. I. de donat.* Neque minus eidem opponi ſolent *L.* 20. *D. de reb. creditis* ac L. 9. §. *fin. D. de donat.* immo qui aduerſariam tuentur ſententiam eandem deducere ſtudent ex ipſo nomine *donationis* ac *fine tit. I. de uſu et habit.* quo ad doctrinam de donationibus transgreditur hancque ob rem a noſtra ſententia recentiores nonnulli diſcedunt; ſed iis refragatur HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *var. reſolut. iuris ciuil. libr.* II. *tract.* IV.

§. III.

Donatio inter perſonas deſponſatas celebrata ſine distinctione valet.

Ita quum formo hanc propoſitionem, ea, quae de donatione eiusue impugnatione in iure cauta ſunt, in donatione inter ſponſum inita ac ſponſam haud valere, non ſtatuo eamdemque ob rem creditoribus donatoris facultatem id quod in fraudem ipſorum donatum eſt, ab altera parte, cui res eſt donata, actione Paulliana repetendi,

haud denegamus; ipſam vero donationem, in ſe ſpectatam, ratam eſſe; neque eo nomine reſcindi poſſe, quod ſponſaliorum vinculo iuncti ſunt, qui hanc donationem inierunt, patet 1) ex *L.* 27. *D. de donat. inter vir. et vxorem*, quo MODESTINVS tradit, inter eos, qui matrimonio coituri ſunt, ante nuptias donationem factam iure conſiſtere: immo addit, ne quidem illam inualidam eſſe, ſi eodem die nuptiae fuerint conſequutae. 2) Eamdem rem docet SCAEVOLA, *L.* 66. *D. de donat. inter vir. et vxorem*, quum partim regulae, donationem coniugum non valere exceptionem addit: niſi ante matrimonum contractum eſſet celebrata; partim rem exemplo virginis illuſtrat, in hortos deductae ante diem tertium; quam ibi nuptiae fierent, quum in ſeparata diaeta eſſet atque ei ſponſus, die nuptiarum, priusquam aqua et igni acciperetur, decem aureos donaſſet, ac reſpondit, id quod ante nuptias donatum eſſe proponeretur, non poſſe de dote deduci.*) 3) Dio-

CLE-

*) Si iure de lege quadam digeſtorum adfirmari poteſt, eam plane illis obſcuram eſſe, quibus non eſt familiaritas cum ſcriptoribus veteris Latii, iſtud profecto iis de verbis adfirmari poteſt, quae profert SCAEVOLA, *L.* 66. §. 1. *D. de donat. inter vir. et vx.* vbi autem ad ipſos confugimus, omnia ſunt plana. Vsque eo haud progredior, vt cum FERANDO ADDVENSI, *libr.* 1. *explication. cap.* 22. *tom.* IX. *theſ. iuris Romani* Ev. OTTONIS p. 530. rationem, cur virgo illa, cui paullo eius ante nuptias donatio ſit facta, in hortos deducta, in eo ponam, quod, ſub Veneris tutela nuptias aeque ac hortas collocari, crederetur. Neque ego cum Io. WYNDERLICHIO, *de vſu inſcriptionum Romanar. veterum*, *obſ.* II, p. 55. ſtatuo, haud in proprio ſenſu vocabulum hortorum ſumi; ſed ideo potius id factum eſſe arbitror, quod non; niſi nuptiarum die in ipſam ſponſi domum deductio permitteretur; vbi autem ad aedes nonnumquam horti pertinerent; ab illis tamen eſſent ſeparati, in illis ſponſis, vsque ſolemnis adpareret dies, commorari liceret, atque

CLETIANVS AC MAXIMINIANVS *L.* 13. *C. de donat. inter vir. et vxorem* clare tradit, donationem iure inter eos celebratam, qui matrimonium inierunt, obligationem inſequi, vbi illa ante nuptias eſt facta. Tandem 4) eandem rem confirmat VLPIANVS, quum *L. 5. pr. D.*

que aedificiis, ibi exſtructis, voluptuariis. Illud omnino bella illuſtrat TERENTIVS, *adelph. act.* V. *ſcen.* VII. ſqq.

Sed cur non domum
Vxorem accerſis? AES. *cupio. verum hoc mihi morae eſt.*
Tibicina et Hymenaeum qui cantent. DE *eho*
Vin' tu huic Seni auſcultare? AES. *quid?* DE *miſſa haec fac*
Hymenaeum, turbas, lampadas, tibicinas
Atque hanc in horto maceriam iube dirui
Quantum poteſt: hac tranſfer, vnam fac domum.

Omnino fallereetur, qui ex his verbis noſtraque ex lege argumentari vellet, ſponſam commorari debuiſſe ante celebrationem nuptiarum per tempus aliquod in hortis. Profecto id haud in mentem venit PETR. PERRENNONIO, *animadvers. et var. lectionum libr.* I. *cap.* 81. *tom.* I. *theſaur. iuris Ottoniani*, p. 599. vti id arbitratur GEORG. D'ARNAVD, *coniecturar. libr.* I. *cap.* XXVI. p. 182. nonnunquam tamen id factum eſſe merito ſtatuimus. Ad id reſpicit SCAEVOLA noſter; ſimul autem ritus meminit, qui in nuptiis confarreatis inprimis obtineret easque ſolemniores redderet: nimirum moris, ſponſam aqua et igne accipiendi. Quid per eum indicare voluerint, inprimis eruere ſtudet ANTON. HOFMANNVS, *de vet. rit. nuptiarum. cap.* XVIII. ſed inprimis eumdem illuſtrat OVIDIVS, *libr.* II. *faſtor.* V. 789. ſqq.

iunxerunt elementa patres; aptumque putarunt
legibus et ſparſa tangere corpus aqua
An quod in his vitae cauſſa eſt, haec perdidit exul
His nova ſit coniux, haec duo magna putant.

CONSTANT. LANDVS, *excit. libello, tom.* XV. *theſaur. iuris ciuil. Ottoniani*, p. 1419. non minus quaedam congeſſit, quae huic rei lucem accendere videntur; SCAEVOLA autem hoc modo

locu-

D. de donat. inter vir. et vxor. ſedulo diſtinguit, vtrum ſponſi donatio perfecta fuerit, antequam matrimonium ſit initum; an illa ſubſecuta ſit, quum reuera iam matrimonium ſit initum ac ſolum priori in caſu rata eſſe tradit ſponſalia. Quoniam iure canonico aeque ac a plerisque iurisconſultis euangelicae religionis addictis, vt ſupra monſtraui, traditur, ſponſalia de praeſenti inter ipſa referri matrimonia, reuera a nobis diſſentiunt, qui cum GEORG. AD. STRVVIO, *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* XXX. *theſ.* 24. inter deſponſatos de praeſenti ac de futuro diſtinguunt atque illorum donationem haud valere tradunt; ſed diſtinctione hac merito ſuperſedent ac generatim donationem inter ſponſum ac ſponſam valere adfirmant AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCXII. *med.* 1. ac FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſeruat. iuris vniuerſi, tom.* 1. *obs.* LXXVII. p. 192.

§. IV.

Haud valide donat minor bona ſua immobilia, licet iudicis decreto hoc nomine ſit munitus.

Si minoris alienatio valida eſſe debet, neceſſe eſt, vt haud ſit ipſi damnoſa; donatio autem talis ſemper damnum alienanti infert *L.* 7. *D. de donat.* ac *L. fin. C. ſi maior factus.* Opponitur huic ſententiae *L.* 1. *C. ſi aduerſus donat.* a BARTOLO, ad *L.* 1. *C. ſi aduerſus donat.* FRANC. DVARENO, ad *L.* 2. *C. de donat.* atque ANTON. PEREZ, ad *tit. C. de donat. num.* 1. ſed

locupletiſſimus eſt teſtis, eius tempore modum, nuptias per confarreationem ineundi, haud exoleuiſſe. Quum eius aetate adhuc vſu veniret: facile quoque conſeruari poterat, ad VLPIANI aetatem. Ille non minus confarreationis meminit *tit.* 19. *fragm.* tamquam rei, quae eius aetate adhuc eſſet vſitata.

1. ſed his refragantur BENEDICT. CARPZOVIVS, *libr.* 1. *reſp.* 59. ac LVD. MENCKE, *gymnaſio polem. iuris, diſp.* XV. *theſ.* 17. p 214.

§. V.

Valida est donatio omnium bonorum.

1) Quum quilibet exiſtit rerum ſuarum moderator atque arbiter, L. 21. *C. mandati*, nec adeſt cauſſa, cur Romani priuari voluerint dominum facultate, de patrimonio ſuo ea ratione diſponendi, vt illud in alterum gratis transferret, merito ex eo concludimus, eiusmodi donationem eſſe permiſſam. 2) Quodcunque domino, de re ſua diſponere, non eſt expreſſe vetitum, illud ei eſt permiſſum; quaenam vero lex, quaeſo, vetat donationem omnium bonorum? 3) Licita potius iure ciuili eſt. SCAEVOLA, in L. 37. §. 3. *D. de legat.* 3. donationis vniuerſorum bonorum, a patre filio emancipato factae, meminit: CONSTANTINVS loquitur L. 8. *C. de reuocandis donat.* de patrono, qui libertis ſuis omnes ſuas facultates donatione eſt largitus et L. 35. §. 4. *C. de donat.* confirmat clare donationem totius ſubſtantiae; niſi eo nomine, quod ſit inofficioſa, impugnetur. Addas 4) L. 4. *C. de contrah. emt. vend.* L. 5. *C. de inoff. donat.* L. 3. *C. de donat.* ac L. 17. §. 1. *D. quae in fraud. creditor.* Omnibus hisce argumentis ab aduerſariis opponi ſolet L. 15. *C. de pactis* atque addunt, donationem omnium bonorum eſſe contra bonos mores; teſtamenti factio ſit iuris publici ideoque haud impedienda donatione, *L.* 38. D. *de pact.* hereditas pactis adimi nequit, *L.* 5. *C. de pact. conuent.* atque omnium rerum alienatio L. 16. §. 1. *D. de iure patron.* reiiciatur. Aliam ſententiam fouent BE-

NED.

NED. CARPZOVIVS, *libr.* V. *reſponſ.* 65. et Io. SCHILTERVS *exerc.* XLIII. §. 19. cum aliis. Hanc autem donationem defendunt Io. CORASIVS, *miſcellan. iuris ciuilis, libr.* VI. *cap.* XVI. p. 435. GEORG. AD STRVVIVS, *deciſ. ſabbathin. cap.* 33. *dec.* 18. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* 433. *med.* 2. LVD. MENKE, *gymnaſ. pol. iur. diſp.* XV. *theſ.* 18. p. 225. cui addas AVG. CHRIST. PLATZ, *diſſ. de donat. omnium bonorum*, Francof. CIↃIↃCLXXXI.

§. VI.

Donatio ſine acceptatione donatarii non valet.

1) Donatio eſt pactum; illud autem ſemper mutuum requirit conſenſum. Clare id demonſtrat 2) IAVOLENVS, *L.* 55. *D. de obl. et act.* vbi in omnibus rebus, quae dominium transferant, adfectum requirit ex vtraque parte contrahentium: immo, haud intereſſe, addit, vtrum ſit venditio; an donatio; an conductio. Vel minimum 3) ſeruus loco infantis acceptare debet donationem, vbi illa iſti ſit facienda; ſecundum *L.* 26. *C. de donationibus.* Concludimus tandem 4) eamdem rem partim ex VLPIANO; partim ex PAVLLO, quum ille *L.* 19. §. 2. *D. de donationibus*, non poſſe, adfirmat, liberalitatem nolenti adquiri; hic autem *L.* 10. *D. de donat.* abſenti donari ac in eum dominium rei donatae transferri negat, vbi neque expreſſe, neque tacite animum illam accipiendi declarauerit. Qui aliud opinantur, ad fulciendam ſuam ſententiam Romanis vſitatum fuiſſe vocabulum acceptationis negant*) ac ſimul adſe-

*) Satis notum eſt, LVDEWIGIVM in primis argumento hoc vſum eſſe eoque minus attentionem meretur, quum, quoque recte ſeſe haberet, quod de vſu loquutionis huius animaduertit, hoc

adſerunt, Antoninum pium donationes ſine acceptatione, teſte *L. 4. cod. Theod. de donat.* admiſiſſe: neque minus illud factum eſſe *L. 11. C. de donat. L. 26. C.* ac *L. 35. C. de donat.* ANTON. FABER, *error. pragmaticor. iurisconſult. decad.* XLVII. *error.* 1. ANDR. RAVCHBAR, *part.* 1. *quaeſt.* 32. *num.* 102. Io. PETR. DE LVDEWIG, *differentiis iuris Roman. et Germanic. in donat. et barbar. adnex. acceptat.* Halae cIↃIↃCCXII. ſed iis repugnant Io. SCHILTERVS *prax. iur. Rom. ex.* XXXXIII. §. 24. NIC. HIERON. GVNDLING *in Gundlingianis, part.* 29. *obſ.* 2. 3. et 4. AVG. DE LEYSER, *ſpec.* CCCCXXXIII. *med.* 8. Io. FRID. WERNHER, *de acceptatione in donationibus neceſſaria*, Vitembergae, cIↃIↃCCXXIV.

§. VII.

Remuneratoria donatio insinuanda est, si quingentorum ſolidorum excedat ſummam.

Sententiam noſtram cum OB. GIPHANIO, *lecturis Aldorphinis in tit. codicis et digeſtorum*, p. 193. haud munimus nouella quadam LEONIS, quum eius conſtitutiones, vti notum eſt, ordinarie vſum fori haud obtinu-

hoc loco ad rem ipſam reſpicimus, minime vero ad verba: ſed allitur quoque. Iam PLAVTVS verbum hoc modo iudicato adhibuit, *Pſeudolo*, *act.* II. *ſcen.* II. v. 31. et cum illo coniungendus eſt QVINCTILIANVS, qui *mercium acceptatarum* meminit *libr.* XII. *inſtitut. orator. cap.* 7. ac PLINIVS, *libr.* XXXVI. *hiſt. natur. cap.* 24. Simili quoque ratione veteres perſpiciebant, donationem haud fieri poſſe ſine acceptatione. Ex iis ſolum breuitatis cauſſa nomino TERENTIVM in *Andria*, *act.* V. *ſcen.* 4. v. 47. ac CICERONEM, in *Topicis cap.* 8. quemadmodum copioſius rem monſtrauit GVNDLINGIVS in *Gundlingianis*, *part.* XXIX. p. 328. ſqq.

Digitized by Google

tinuerint; ſed prouocamus hanc in rem partim ad leges illas, quae inſinuationis mentionem faciunt ac omnes donationes ſine diſcrimine, vbi legitimam ſummam excedunt, inſinuari iubent, videlicet *L.* 27. 34. ac 35. *C. de donat.* partim ad rationem, ob quam donationes maiores inſinuandae ſunt, quaeue ſine dubio etiam in donationibus remuneratoriis locum habet: quibus autem aliud placet, ideo ceſſare putant neceſſitatem, donationem remuneratoriam inſinuandi, quod illa haud ſit donatio: reuocationem donationis factae, quod donatarius donatorem ab hoſtibus liberauerit, prohibeat L. 34 §. 1. *D. de donat.* ac generatim donationem remuneratoriam ratam haberi velit. *L.* 27. *D. de donat.* Nobiscum conſentiunt praeter ANDR. FACHINAEVM, *libr.* III. *controu. cap.* 82. et CASP. ZIEGLER, *diſcept. ſelect. theſ.* XXXVI. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſerv. iuris vniuerſi, tom.* 1. *obſ.* XVIII. p. 30. atque auctores der *Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. *med.* CCXVII. p. 323. Contrariam fouent ſententiam ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſeruat. cap.* 39. CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *vol.* II. *conſil.* 297. JOACH. MYNSINGERVS, *cent.* IIII. *obſerv.* 75. IAC. MENOCHIVS, *conſ.* CCCLXXVIII. *num.* 12. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCXI. *med.* 5. et FRID. BOEHMERVS, *iur. controu. tom.* II. *obſ.* 123. p. 626. SAM. autem STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato diſſ.* XI. *cap.* IIII. §. 16. mediam ingreditur viam cum aliis.

§. VIII.

Donatio ecclesiae facta, si summam quingentorum aureorum excedat, insinuanda est.

1) Quae-

1) Quaecunque donatio clare haud eſt ab eius inſinuatione excepta: ea eſt inſinuanda, ſecundum *L.* 35. §. *fin. C. de donationibus*; ea vero, quae fit eccleſiae, non eſt excepta. 2) Eccleſia iure communi vtitur omnibus iis in caſibus, quibus non eſt praedita priuilegio, ei derogante; priuilegium vero non habet, quod permitteret illi, ſine iudicis inſinuatione vltra quingentos donare ſolidos. Contrarium aduerſarii ex eo deducunt, quod donationes ad redimendos captiuos vltra quingentorum aureorum ſummam factae valeant, licet non ſint inſinuatae, *L.* 34. *pr.* at *L.* 36. *C. de donat.* Inter illos eminent IVLIVS CLARVS, *ſent. libr.* IV. §. *donat. quaeſt.* 17. ANT. FABER, *cod. libr.* VIII. *tit.* 34. *def.* 12. atque ARNOLD. VINNIVS, ad §. 2. *I. de donat.* ſed ab his diſcedunt ANT. GOMEZ, *var. reſolut. libr.* II. *cap.* 4. *num.* 10. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* 12. *def.* 13. REINH. BACHOVIVS, ad *Treutler. vol.* II. *diſp.* XIX. *theſ.* 6. *litt. E.* ac LVD. MENCKE, *in gymnaſio polemico iuris, diſp.* XV. *theſ.* 16. p. 224.

§. IX.

Etiam donatio, iureiurando confirmata, est insinuanda, si ſummam quingentorum excedat ſolidorum.

Ratio, ob quam donationes illae, quae ſummam quingentorum excedunt ſolidorum, ſunt inſinuandae, haud ceſſat, vbi iureiurando ſit corroborata quumque iure haud eximuntur, non diſtinguere debemus, vbi lex non diſtinguat. Quibus aliud placet, illud demonſtrant ex ſatisnota illa et a me ſaepius memorata regula, quod omne iusiurandum ſeruandum ſit, quod ſalua

ſalute aeterna ſit ſeruandum. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* 12. *def.* 13. mecum conſentit; ſed ei refragatur SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXIX. *tit.* V. *quaeſt.* 3.

§. X.

Insinuatio donationis fieri quoque potest coram iudice incompetente.

Quicumque actus eſt actus iurisdictionis voluntariae, ille coram quocumque iudice ſuſcipi poteſt; talis autem actus eſt donatio. Non minus illud colligitur ex *L.* 27. *in fin.* ac *L.* 30. *C. de donat.* nihilo tamen minus potiſſimum contrarium concluditur ex *L.* 32. *C. de donat.* quum ſecundum eam donator, donatarius aeque ac tabellio vicenarum librarum mulcta plectendi ſunt, ſi donatio inſinuatur apud magiſtratum, cuius iurisdictioni donator haud eſt ſubiectus. Nobiscum conſentiunt ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ. cap.* 39. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XII. *def.* 18. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XL. *theſ.* 10. *tom.* III. p. 55. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXIX. *tit.* V. *quaeſt.* 2. ac 10. HENR. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtantium*, p. 696. iis vero refragantur Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 27. 30. et 32. *C. de donat.* atque ANTON. PEREZ, *tit. cod. de donat. nr.* 29.

§. XI.

Donatio mortis cauſa ea lege inita, ne vllo modo possit reuocari, valet; ſed tanquam donatio, inter viuos celebrata.

Duo-

Duobus membris conſtat haec propoſitio. Quod ad prius pertinet, corroborari poteſt duobus effatis, quorum alterum ex IVLIANI, alterum ex PAVLLI ſcriptis eſt delibatum. Ambo in eo conueniunt, quod donatio mortis cauſſa, ita celebrata, vt nullo caſu reuocari queat, valeat, nimirum L. 13. et L. 35. §. 4. *D. de mort. cauſſa donat.* Neque vero in dubium vocari poteſt poſterius huius propoſitionis membrum. Sed illud iam demonſtratum eſt *ſect.* II. *cap.* 4. *membr.* 7. §. 48. p. 345. priori vero propoſitioni opponi ſolet, quod ſi pacto vel conuentione rei alicuius ſubſtantiale; vel eſſentiale tollitur; vel in aliud mutetur, res ipſa tollatur; vel in aliud genus conuertatur: donationes mortis cauſſa *L. fin. C. de don. mortis cauſſ.* ſemel aequiparatae ſint legatis horumque natura pacta penitus reſpuat ac *L.* 27. *D. de donat. mortis cauſſa* donationem hoc in caſu haud locum habere, tradatur. Quae contra poſteriorem proferri ſolent, ſupra, loco indicato, indicaui, quumque ibi eos quoque, nominaui, qui talem donationem inter eas referunt, quae fiunt inter viuos, ſolum hoc loco addo, praeter WOLFG. AD. LAVTERBACHIVM, *colleg. theoret. pract. tom.* III. *libr.* XXXIX. *tit.* 6. p. 128. HELFR. VLRIC. HVNNIVM, *variar. reſolut. iur. libr.* II. *tract.* IIII. *quaeſt.* 2. p. 419. Io. CORASIVM, ad *L.* 27. *D. de mort. cauſſa donat.* ANTON. FABRVM, *decad.* XLV. *error. pragmat. err.* I. nec non Io. NIC. MOECKERT, *de donatione inter viuos reuocabili et mortis cauſſa irreuocabili,* Ienae CIↃIↃCCLIX. diſſentire.

§. XII.

Donatio simplex, licet non statim cum traditione rei donatae coniuncta sit, donatorem ad euictionem haud obligat.

Si donatio ſimplex celebratur, aut traditione ſtatim adimpletur; aut id non ſit. Priori in caſu donator ad euictionem praeſtandam non eſt obligatus ex ſententia omnium fere iurisconſultorum; neque vero aliud exiſtimamus, vbi poſterior caſus locum habet. Nam 1) generatim de donationibus certum eſt, eas haud admittere euictionis praeſtationem, vt diſcimus hoc partim ex *L.* 18. §. 3. *D. de donation.* partim ex eo, quod *L.* 2. *C. de donat.* donatori eo demum caſu euictionis praeſtationem iniungit, vbi pacto eam in ſe ſuſceperit; eiusmodi autem donatio, quam non ſequitur ſtatim traditio, ad donationes omnino eſt referenda. Quum dein 2) in dilatione traditionis non quaeri poſſit ratio ſufficiens, cur donator tunc obligatus ſit ad euictionem praeſtandam, merito ab vno genere donationum ad aliud concludere ac ſtatuere poſſumus, eiusmodi donatorem, qui traditionem rei donatae differt, ad euictionem praeſtandam non poſſe obligari, ſi ab ea liber eſt, qui ſtatim donatam rem donatori tradit. 3) Quodcunque quis lucratiua ex cauſſa habet, ob id euictionis praeſtationem non petere poteſt; ſed illud de donatario, licet res ipſi aliquod tempus poſt promiſſionem tradatur, ſine dubio eſt adfirmandum. Diſſentiunt praeſertim ob *L.* 1. *C. de iur. dot.* CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* 34. *def.* 23. immo omnes fere paullo antiquiores, vt obſeruat BRVNNEMANNVS, ad L. 1. *C. de iur. dot.* Sed noſtram tuetur ſententiam SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXI. *tit.* II, *quaeſt.* 6.

§. XIII.

Nec in remuneratoria donatione euictio praestatur.

Quum

Quum donatio in liberalitate consistit, quae fit nullo iure cogente, secundum *L.* 29. *D. de donat.* illa ita est comparata, vt respuat obligationem ad euictionem praestandam. Praeterea illud clare constat ex *L.* 18. *§. fin. D. de donat.* donatio autem remuneratoria est donatio. Quibus aliud placuit, prouocant ad *L.* 27. *D. de donat.* ac *L.* 34. *§.* 1. *D. de donat.**) neque minus

*) Ita vel minimum sentit WYNDERLICHIVS, *diss. de euictione in donatione remuneratoria*, §. XII. p. 18. Sed ingenue fateri me oportet, me plane non perspicere, quomodo ex *L.* 34. *§. fin. D. de donat.* colligendum sit, euictionem in donatione remuneratoria esse praestandam. Verba PAVLLI, quae illa continet, omnem profecto merentur attentionem, quum haec sunt: *si quis aliquem a latrunculis; vel hostibus eripuit et aliquid pro eo ab ipso accipiat, haec donatio irreuocabilis est: non merces eximii laboris appellanda est: quod contemplatione salutis certo modo aestimari non placuit.* Sumta sunt ex PAVLLO *libr.* V. *sententiarum receptarum*, quumque ibi *libr.* V. *tit.* XI. §. 6. in *iurisprudentia Anteiustinianea* ANTON. SCHVLTINGII p. 479. ita exhibentur: *ei, qui aliquem latrunculis; vel hostibus eripuit, in infinitum donare non prohibemur: si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est: quia contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit*, clare liquet, mutationem quamdam hoc in effato accidisse. Quum nulla profecto adest ratio, ex qua credendum sit, ab ANIANO ipso eum locum corruptum esse in libris illis sententiarum, nihil restat, quam vt, interpolationem adesse credamus, a TRIBONIANO susceptam. Existimarunt quoque id DIONYS. GOTHOFREDVS ad *leg. memorat.* atque ANT. SCHVLTINGIVS, in *iurisprud. Anteiustinianea*, p. 475. quumque inprimis in eo discesserit ab PAVLLO, quod vocabula *in infinitum*, quas adiecit PAVLLVS, delenda censeret, nisi omnia me fallunt, haud obscure per id significauit, modicam quoque donationem esse debere, si quis ei quidquam donat, cui totius vitae suae conseruationem debet. Aliter quidem intelligere videntur eadem verba auctores librorum ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, *libr.* XLVII. *tit.* XII. sed ne syllaba quidem tota hac lege adest, ex qua illud colligere debemus, postquam semel

nus ad naturam donationis remuneratoriae, beneficia ſupponentis, ad quorum compenſationem donator perfecte ſit obligatus. Diſſentiunt: ANDR. TIRAQVELLVS, ad *L.* 8. *C. de reuocand. donat. commentatione*, quae *tom.* IV. *operum* exſtat: BENED. CARPZOVIVS, *iuris-pru-*

reiecta ſunt vocabula: *in infinitum.* Reliqua emblemata ſilentio iam praetereo: nihilo tamen minus merito quoque animadverto, nondum conſtare, vtrum lectio eorum verborum ſit genuina. *Ipſam* in codice Florentino eſſe dubiam, ex nota, a TAVRELLIO in margine adiecta, patet, loco *non* in verbis: *non merces eximii laboris* legi *nam.* Sequitur correctorem hunc antiquiorem HALOANDER, ac cum illis certa ratione conſpirant BAVDOZA pariter ac IAVCHIVS, quum prior, his verbis nouam periodum incipere opinatur ſequenti modo: *Merces enim eximii laboris eſt appellanda*; poſterior autem *meditat. critic. de negationibus, pandectis Florentinis recte vel male adiectis, cap.* V. p. 102. coniicit, legendum eſſe: *ſi non merces appellanda eſt*; ab his autem diſcedit iterum IO. GVIL. MARCKARDVS, quum credit, *interpretat. receptar. lection. iuris ciuil. libr.* IV. *cap.* 10. p. 235. vtramque particulam retinendam eſſe ac rationem potius, cur donatio irreuocabilis ſit cenſenda, vbi hoc in caſu ſit peracta, indicari ſequentibus verbis: *nam non merces eximii laboris.* Omnia haec ſi paullo curatius conſideramus, 1) facile inuenimus, aliam ſententiam eſſe, quam PAVLVS: aliam vero, quam TRIBONIANVS ſub nomine PAVLLI in medium profert, licet PAVLLVS ipſi ad illam proferendam occaſionem dederit. Quum PAVLLVS, donationis nomine quidquam datum eſſe ab eo, qui latronibus eſt ereptus eius conſeruatori, ſupponeret: ſolum ad leges illas, quae iam eius aetate immodicas prohiberent donationes, reſpiceret et tantum illas haud impedire poſſe; quominus quis in infinitum, donare quid poſſit, traderet: TRIBONIANVS potius ſolum animaduertit, datum quid ipſi eſſe, qui alterum ſummo ab periculo liberauit et iam diſquirit, num ſit ſola liberalitas; an potius merces? Ille liberalitatem adeſſe adfirmat et quidem ideo, quod labor, pro quo ea detur, tam eximius ſit, vt nullo modo ſit aeſtimandus. Quum ita mutare placuit TRIBONIANO effatum PAVLLI, non potuit iam ea ſimul verba PAVLLI ſimul in hanc

Digitized by Google

prudent. forenſ. part. II. *conſt.* XXXIV. *def.* 24. HENR. BODINVS, *de auctor. ſeu actione, quae pro euict. competit. theſ.* 21. SAM. STRYCKIVS, *de immunitate a praeſtanda euict. theſ.* V. p. 10. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS *coll. theor. pract. tom.* II. p. 44. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, tom.* II. p. 286. ſed iis cum aliis ſeſe oppoſuit IVST. MAIER in *colleg. iur. Argent. tit. de donat. theſ.* VI. SAM. DE COCCEII, *iur. controverſo, libr.* XXI. *tit.* III. *quaeſt.* VI. p. 62.

legem transferre, quae alteram quaeſtionem, ad quam PAVLVS reſpiciebat, tangerent; iure tamen reliqua retinere ipſi licebat. Merito id notare debemus contra PARDVLPHVM PRATEIVM, quum *ſvrisprudentiae mediae. libr.* III. *cap.* V. ſcribit, *tom.* III. *theſauri iuris Romani* EV. OTTONIS, p. 565. *immutarunt etiam architecti eiusdem Paulli ſententiam, quam tranſcripſerunt ex libr.* V. *ſentent. tit.* II. §. 6. *et induxerunt ſiſtulasque in infinitum quod fieri non debuiſſe, ratio ſubiecta eſt.* Mihi dein II) magis quidquam deficere videtur in loco PAVLLI, *libr.* V. *ſententiar. tit.* XI. §. 6. quam in lege digeſtorum memorata et, ſi potiſſimum oculos conuertimus, eius in poſtrema verba, nullo modo concedere poſſumus, delendam eſſe particulam negatiuam, vti id fecit HALOANDER, etſi quoque ipſis in libris ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ illud deſideretur. Quia porro clare patet, quid ſibi velit TRIBONIANVS, ſi quoque nulla alia particula coniungat duas has propoſitiones, quarum altera adfirmatur, ſpecie propoſita donationem eſſe irreuocabilem; altera vero negatur mercedem cogitari poſſe eximii huius laboris: nullam immiſcendam eſſe arbitror idque eo minus ſtatuere dubito, quum eam, quam vetus corrector codicis Florentini cum auctoribus iuris graeci inſerendam putaret, nimirum particulam: *non* in locum negatiuae particulae adoptandam cenſerent haecque haud eſt omittenda; ſiue vero integrum hunc locum eſſe putemus; ſiue eum emendandum cenſeamus, III) Triboniano haud in mentem venit, donatori in tali euictionis praeſtationem imponere, quum ſi quoque talis liberalitas donatio ſit eaque irreuocabilis, ex eo haud ſequitur, euictionem quoque ab ipſo eſſe praeſtandam.

Io. Wvnderlichivs *diss. de euictione in donatione remuneratoria non praestanda*, Ienae cIↃIↃCCLIV. Quum hic ad stabiliendam sententiam, quam semel amplexus erat, ante omnia donationem euictionem admittere negaret hocque omnino potissimum falli putaret in donatore, dolum committente, vel eo, qui euictionis praestationem, in se suscepit; neque minus in donatione generis; vel donatione mixta Io. Christoph. Kochivs, contra Wvnderlichivm surrexit, nostra in academia adhuc iurisprudentiae operam nauans, atque edidit *meditationem de euictione in donatione non indistincte praestanda dissertationi de euictione in donatione remuneratoria non praestanda oppositа*, Ienae, cIↃIↃCCLIV. Defendit sese Wvnderlichivs sub nomine respondentis sui Oldenbvchii *notatis ad meditationem de euictione in donatione non indistincte praestanda*, Ienae, cIↃIↃCCLIV. Sed sententiam suam latius exposuit Kochivs sub auspiciis Io. Gvil. Dietmari. *dissert. de euictione in donatione non indistincte praestanda*, Ienae, cIↃIↃCCLVI.

§. XIV.

Non necesse est, vt animum habuerit pater legitima liberos defraudandi, vbi eius donatio pro inofficiosa sit declaranda.

1) A querela inofficiosi testamenti ad illam, qua impugnari solet donatio inofficiosa, valet conclusio, vti constat clare variis ex legibus. Sed in illa animus testatoris, a legitima heredem excludentis, haud spectatur. Si 2) experiri queunt querela hac liberi, qui post donationem demum lucem adspexerint: sine iure profecto fraudem; seu propositum nocendi in patre supponimus,

Digitized by Google

nimus, vbi eius donatio ſit impugnanda; ſed prius patet ex L. 5. *C. de inoff. donatione.* 3) VALERIVS ac GALLIENVS *impetum immenſae liberalitatis;* neutiquam dolum deſiderant, per quem facta ſit inofficioſa donatio, *L.* 2. *C. de inoff. donat.* Eadem ratione 4) fruſtra dolum in donationibus quaerimus, quas inofficioſas declarat *L.* 5. *C. de inofficioſis donationibus.* Copioſius illud demonſtrauimus in *diſſ. de praeſcriptione querelae donationis inofficioſae* §. 5. *tom.* I. *opuſculor.* p. 298. Sententiae noſtrae robur accedit auctoritate GEORG. AD. STRVVII, *ſyntagm. iuris ciuilis, tom.* III. *exercitat.* XL. *theſ.* 14. p. 10. ANT. PEREZ, *comm. in cod. Inſtinianeum, libr.* III. *tit.* XXIX. p. 169. OSWALD. HILLIGER, in *Donello enucl. libr.* XIX *cap.* 2. CHRIST THOMASII, *de legitima viventis cap.* 2. p. 12. idem ſtatuentium: inter aduerſarios deprehenditur potiſſimum ob *L.* 87. §. 3. *D. de leg.* 3. ac *L.* 5. 7. et 8. *C. de inoff. donat.* IVST. HENN. BOEHMERVS, *de act. ſect* II. *cap.* 3. §. 42. p. 228. et ex antiquioribus aliam in ſententiam diſcedunt: HVGO DONELLVS, *commentar. iuris ciuilis libr.* XIX. *cap.* 2. et ANT. FABER, *libr.* III. *coniect. cap.* XVII.

§. XV.

Donationem inofficioſam reſcindere quidem queunt donatoris heredes neceſſarii; minime autem donator.

1) Quaecunque leges remediorum mentionem faciunt, quae contra inofficioſam adhiberi poſſunt donationem, illae haec haud tribuunt donatori; ſed eius heredibus, videlicet liberis *L.* 1. 2. 6. 7. 8. *C. de inofficioſis donation.* ac matri *L.* 4. *C. h. t.* 2) Donationem inofficioſam primum eam nominare poſſumus, quae dona-

toris patrimonium ita exinaniuit, vt inane nomen heredis liberis relinqueret, *L.* 3. *C. de inofficioſ. donat.* ideoque non poteſt prius donatio pro inofficioſa declarari, quam ſi mors donatoris ſit ſequuta; qua quaeſo ratione donator itaque viuus querelam inſtituere poteſt? Si 3) querela inofficioſi teſtamenti inſtitui nequit a teſtatore, nec iſtam querelam inſtituere licet donatori, ſecundum *L. vlt. C. de inofficioſ. teſtam.* nemo vero audebit teſtatori ipſi concedere querelam hanc teſtamenti inofficioſi. Quoniam patri ipſi liceat donationem reuocare ob ſuperuenientiam liberorum, diſſentiunt OSWALD HILLIGERVS, in *Donello enucleato*, *libr.* XVIII. *cap.* II. et PETR. WESENBECIVS, *ad tit. de inoff. donat. num.* 18. Sed ab iis diſceſſit Io. BERNH. FRIESIVS, *diſſ. de querela inofficioſae donationis*, Ienae CIↃ IↃ CCXV. *ſect.* II. §. III. huncque ego ſequutus ſum, *tom.* I. *opuſculor.* p. 296.

§. XVI.

Inofficioſa donatio ſolummodo, in quantum laedit legitimam, reſcinditur.

1. Valent regulae, vtile per inutile non vitiari et quoties lex ad certum modum aliquid permittat hicque excedatur, tunc non totum infirmari; ſed quod illicite tantum eſt geſtum, *L.* 94. *D. de reg. iur. L.* 34. *C. de donation. L.* 1. §. 5. *D. de V. O.* cauſſa vero, cur Romani in teſtamento inofficioſo hiſce a normis diſceſſerint, quaeue in eo potiſſimum poſita erat, quod furorem teſtatoris in reſciſſione fingerent, nec quemquam decedere paterentur pro parte teſtatum et pro parte inteſtatum, ceſſat in donatione inofficioſa. 2) Teſtantur

tur id plures Romanorum leges euidenter. Non sine ratione *L. 7. C. de inoff. donat.* adfirmat, id solum reuocari, quod immoderate est gestum; hoc vero ad totam donationem adplicare haud possumus, quum hoc si intellexisset imperator, sine vllis verborum ambagibus, donationem reuocandam esse, constituisset. Ex sanctione *L. 5. C. h. t.* ex eiusmodi donatione solum *id, quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est*, id est legitima, detrahitur. Addas *L. 2.* et *8. C. de inoff. donat.* ac *L. 87. §. 3. D. de leg. 3.* atque ea, quae *diss. de querel. inoff. donat. praescript.* p. 14. protuli: iis autem opponitur ab aduersariis, quod legibus ea, quae de querela inofficiosi testamenti sunt cauta ad querelam donationis inofficiosae adplicent, secundum *L. 9. C. de inoff. donat.* atque id quod *L. 16. D. de iure patron. L. 87. §. 3. D. de leg. 3.* ac *L. 4. C. de contrah. emt.* est cautum. Nostrae inhaerent sententiae Io. Bernh. Friese, *diss. de querela inofficiosae donationis*, Ienae, clɔ Iɔ ccxv. Wolfg. Ad. Lauterbachivs, *diss. de inofficiosa donatione*, Tubingae, clɔ Iɔ clxv. Arnold. Vinnivs, *select. iuris quaest, libr.* I. *cap.* 33. Andr. Fachinaevs, *controu. iuris libr.* VI. *cap.* 84. Sam. de Cocceii, *iur. controuers. libr.* XXXIV. *tit.* V. *quaest.* 9. §. 9. ac Frid. Es. Pvfendorfivs, *obs. iuris vniuersi*, *tom.* II. *obs.* 278. Sed dissentiunt: 1) qui distinguunt, vtrum donatio facta sit ei, cui legitima competit; an extraneo et quidem priori in casu reuocandam credunt eam saltim partem donationis, quae laesit heredis necessarii legitimam; vbi autem posterius contingit, tum demum illud ad eam restringunt partem, si in fraudem legitimae haud sit suscepta, ac si ita sit facta, vt heres necessarius priuetur legitima sua portione

tione, integram donationem rescindendam esse tradunt, cum DIDACO COVARRVVIA *var. resolut. libr.* I. *res.* XIX. num. 12. ANTON. GOMEZ, *libr.* II. *var. resolut. libr.* II. *res* 4. *num.* 15. ac IAN. A COSTA, *ad tit. instit. de inoff. testam.* II.) qui generatim solum respiciendum esse tradunt, vtrum donatio facta, vt laedatur heres necessarius in legitima; an id eum in finem haud sit factum, cum ANTON. PEREZ, *ad tit. cod. de inoff. testamento num.* 4. *et* 8. ac Io. BRVNNEMANNO, ad L. 1. *C. de inoff. donat.* III) qui distinguunt, vtrum tempore donationis heres necessarius, cuius legitimae noceat donatio, exstiterit; an potius superuenerit ac quidem donationem, hoc si euenit, integram rescindendam putant; minime autem id priori in casu permittunt cum IAC. CVIACIO, *libr.* V. *obs.* 14. ac 4) qui omni discrimine ac delectu remoto donationem integram omni tempore reuocandam esse censent, si est inofficiosa, nimirum ANT. FABER, *libr.* III. *coniect. cap.* 27. IVST. HENN. BOEHMERVS, *de action. sect.* II. *cap.* 3. §. 43. CHRIST. THOMASIVS, *de legitima viuentis*, *cap.* 3. ac GEORG. LVDOV. BOEHMER, *de querela inoff. donationis*, Gott. cIↃ IↃ CCLI. §. 15, in eius *electis iuris ciuilis*, *tom.* I, p. 266. atque auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. de leg.* 2. ac L. 4. *C. de contrah. emt.*

§. XVII.

Si non vna; sed pluribus defuncti donationibus factum est, vt eius heres legitima sit priuatus, ille non solum contra earum vltimam; sed contra omnes potius querelam inofficiosae donationis instituere potest.

3)

Digitized by Google

1) Videmus iam id ex *L.* 3. 4. 5. 6. *de donat. inoff.* quae plurium ſimul mentionem faciunt donationum querela impugnandarum; ſed euidentiſſime id comprobat *L.* 8. *C. h. t.* Quum illa de pluribus donationibus, vnum in filium collatis, quae eſſent reſcindendae, differit, belle nos monſtrat, nec ſolum eas donationes, quae pluribus; ſed vno eodemque tempore ſunt factae; verum etiam eas, quae diuerſis temporibus ſunt conditae, poſſe impugnari. 2) Idem quoque ex ratione, quae impulit Romanos, vt permitterent heredibus, donationes inofficioſas impugnare, eſt colligendum. Noſtram ſententiam adprobant ANT. FABER, *cod. Sabaud. libr.* III. *tit.* XX. *def.* 1. ANT. PEREZ, *com. ad cod. tom.* 1. p. 169. quoniam autem priores donationes pro inofficioſis haud declarari potuerunt; niſi aliae eas ſunt ſequutae haeque donatarios priores iure quaeſito priuare poſſe haud videntur; neque minus *L.* 24. *D. qui et a quibus manumiſſi* accedit, iis GEORG. AD. STRVVIVS, *ſynt. iuris ciu. exercitat.* XXXX. *theſ.* 14. IO. BRVNNEMANNVS *ad L.* 1. *C. de inoff. donat.* et DAV. MEVIVS, *com. ad ius Lub.* p. 247. aduerſantur et vel minimum illas donationes, quae longe ante poſteriores ſunt initae, excipiunt. Ipſe quoque hanc ſententiam amplexus ſum *diſſ. de praeſcriptione querelae inoff. donationis §.* IIII. *tom.* I. *opuſculorum*, p. 297.

§. XVIII.

Si donatarius exiſtit ingratus, non ſolum eas ob cauſas, quae nominatae ſunt a Iuſtiniano in *L. vlt. C. de reuocand. donat.* ſed etiam ob alias reuocari poteſt donatio.

1)

§

1) Generatim Theodosivs et Valentinianvs, L. 9. *C. de reuocand. donat.* cauſſas manifeſtiſſimas ſupponit, e quibus, eam perſonam, in quam collata donatio eſt, contra ipſam venire pietatem, conſtat; Ivstinianvs autem L. 10. *C. de donat.* non minus ſolum requirit, vt *donationis acceptor ingratus circa donatorem* inueniatur et, quod adiecit, exempli loco poſuiſſe videtur. Quodſi vero quoque 2) poſterius adfirmari nequit, legem ad alias cauſſas omni iure extendere poſſumus, ſi illius rationem paullo curatius intueamur. A noſtra ſententia diſcedunt, propterea quod nec exheredatio non; niſi eas ob cauſſas, quae *nou.* CXV. *cap.* III. et IV. ſunt adprobatae, ſit permiſſa: imperator, vbi haud alias ingrati animi cauſſas excludere voluerit, quasdam ſpeciatim non recenſuiſſet: *L. fin. C. de reuoc. donat. ex his tantum cauſſis, quae ſcilicet ſint nominatae donationes euerti* concedat ac §. 2. *I. de donat.* ſolum quibusdam ex cauſſis donationes reſcindi tradat Io. Stravchivs, *exercit. Iuſtinianear. diſp.* VIII. *theſ.* 26. Christ. Phil. Richtervs, *vebtat. academic.* XX. *theſ.* 30. Io. Harprechtvs, *not. ad §. 2. I. de donat.* Sam. de Cocceji, *iur. controu. libr.* XXXVIIII. *tit.* V. *quaeſt.* 10. p. 419. atque auctores *der Meditat. über verſchiedene Rechtsmaterien, tom.* IIII. *med.* CCLIX. p. 282. illam autem tuentur Georg. Ad. Struvivs, *ex.* XL. *theſ.* 15. Io. Schiltervs, *ex* XLIII. *theſ.* 43. Petr. Mvllervs, *ad Strum. loc. memorat.* Iac. Menochivs, *de arbitr. iud. quaeſt. caſ.* 136. *num.* 4. Arnold. Vinnivs, *ad §. 2. I. de donat. num.* 6. ac Lvd. Mencke, *gymnaſ. pol. iuris, diſp.* XV. *theſ.* 19. p. 226.

§. XIX.

§. XIX.

Actio, qua donationem ob ingratum animum donatarii reuocamus, eſt perſonalis.

1) Ex *L.* 1. *C. de reuoc. donat.* diſcimus, actionem hanc locum habere, licet donatarius dominus factus ſit rei donatae; eo autem in caſu haud poteſt eſſe actio realis, quae ſemper in actore requirit dominium. 2) Quaecunque actio neque heredi, neque contra heredem datur ac naturam actionis iniuriarum habet, iſta actio non poteſt eſſe actio realis; prius autem merito de actione iſta reuocatoria poſſumus adſerere ob clara verba CONSTANTINI ac CONSTANTII, *L.* 7. *C. de reuocand. donation.* Non minus 3) iidem imperatores actionem hanc perſonalem vocant et idem nobis ſignificat IVSTINIANVS, *L.* 10. *C. de reuoc. donation.* dum donationes tales primum euertendas eſſe ſtatuit. Quaecunque actio ex delicto deſcendit, ea eſt actio perſonalis; §. 1. *I. de act.* Noſtra actio eſt actio, quae ex delicto deſcendit. 4) Si actio reuocatoria eſſet realis, aduerſus quemlibet poſſeſſorem inſtitui poſſet; ſed non poteſt inſtitui, niſi aduerſus donatarium hancque ob rem etiam inter actiones reales ei locum merito denegamus. Quoniam *L.* 7. *C. de reuoc. donat.* claris verbis ab imperatoribus reſcribitur, actionem, quae matri datur ad donationem ingratis liberis factam reuocandam effectum habere vindicationis; illa neque heredibus neque contra heredes datur et donator tanquam priſtinus dominus rem vindicare poteſt, ſecundum *L.* 23. *D. de R. V.* ſententiam hanc haud probant: OBERTVS GIPHANIVS, *lectur. Altorfin. ad L.* 7. *C. de donat.* ac HVGO DONELLVS, *comment. iuris ciuilis, libr.* XIIII, *cap.* 30. ſed eam defendunt

IAC,

IAC. CVIACIVS, *libr.* IV. *obs. cap.* 17. ac GEORG. AN. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuil. libr.* XXXIX. *tit.* V. §. XV. *tom.* III. p. 61. ac HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *reſolut. var. libr.* II. *tract.* IV. *quaeſt.* 10.

§. XX.

Pater iuri ob ſuperuenientiam liberorum rem donatam reuocandi, renunciare poteſt, ſiue nati iam fuerint; ſiue adhuc exſpectentur.

Poſterius nemo facile in dubium vocabit, propterea quod cauſſa, cur donationem donatori alioquin ob ſuperuenientiam liberorum reuocare liceat, ſita ſolum ſit in praeſumtione, patrem non donaſſe, vbi iam ipſi eſſet cognitum, ſe procreaturum adhuc eſſe liberos. Vbi itaque praeſumtio haec per declarationem hanc in rem a parente factam, ceſſet, ceſſat quoque cauſſa. Accedit quoque alia adhuc ratio. Quodcunque in alicuius fauorem eſt introductum, ei poſſe renunciari, regula eſt, a Iuſtiniano, *L. penult. C. de pactis* tradita. Eſt ſolum patris in fauorem introducta lex, quae reuocare donationem ei permittit ob liberorum ſuperuenientiam, hancque ob rem ſine dubio ei quoque renuntiare poteſt ante; quam liberi ſunt procreati. Hoc quum certum eſt, idem quoque permiſſum eſt, vbi liberi ſunt nati. Nam 1) vbi eadem eſt ratio, ibi eadem legis diſpoſitio. 2) Si pater, viuis liberis donare poteſt, firmam quoque ſeruare poteſt per hanc renunciationem donationem, quae, antequam liberi in lucem editi ſunt, eſt celebrata; ſed prius conſtat, ex *L.* 1. *C. de inoff. donat.* 3) Vbi donatio per ſuperuenientiam libero-

rorum reuocatur, bona donata ad patrem ita redeunt, vt pendeant ab ipſius arbitrio ac voluntate, L. 8. *C. de reuocand. donation.* Vbi ea ratione ad patrem redeunt: neceſſe eſt, vt pater definire quoque queat, vtrum retinere ea velit; an relinquere potius donatario, dum iuri ſuo renunciat Diſſentit, quoniam quilibet ſolum iuri ſuo renunciare poſſit; nec factum vnius alteri nocere queat: immo ea ſententia ſit amplectenda, quae benignior, HEIFR. VLRIC. HVNNIVS, *variar. reſolut. libr.* II. *tract.* IIII. *quaeſt.* II. p. 435. ſed inter conſentientes deprehendimus BENED. CARPZOVIVM, *part.* II. *cap.* 12. *def.* 530. et PETR. MVLLERVM, *ad Strum. loc. cit.*

§. XXI.

Reſciſſa ſemel donatione ob ſuperuenientiam liberorum, ea haud reuiuiſcit, si illi ante donatorem moriantur.

1) Si totum reuertatur ad donatorem, quod donauit atque eius in arbitrio ac dominio manet, vbi ille liberos ſuſcipiat poſt donationem: nec repetere id poteſt donatarius a donatore eo nomine, quod liberi, quorum cauſſa donatio ſit reuocata, e vita deceſſerint; prius autem claris verbis eſt cautum L. 8. *C. de reuocand. donation.* 2) Quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt vti clare conſtat ex *L.* 11. *D. de reg. iur.* ſed omnino id locum haberet, vbi donatarius, mortuis liberis, rem donatam repetere licet. Aliud ab aduerſariis traditur ob *L.* 12. *D. de iniuſt. rupt. et irrito facto ex teſtamento*, quum iure praetorio teſtamentum agnatione poſtumi ruptum conſeruatur, ſi deceſſit atque a teſtamento concluditur ad donationem; neque mi-

Io. Wvnderlichivs *diss. de euictione in donatione remuneratoria non praestanda*, Ienae cIↃIↃccLIV. Quum hic ad stabiliendam sententiam, quam semel amplexus erat, ante omnia donationem euictionem admittere negaret hocque omnino potissimum falli putaret in donatore, dolum committente, vel eo, qui euictionis praestationem, in se suscepit; neque minus in donatione generis; vel donatione mixta Io. Christoph. Kochivs, contra Wvnderlichivm surrexit, nostra in academia adhuc iurisprudentiae operam nauans, atque edidit *meditationem de euictione in donatione non indistincte praestanda dissertationi de euictione in donatione remuneratoria non praestanda oppositae*, Ienae, cIↃIↃccLIV. Defendit sese Wvnderlichivs sub nomine respondentis sui Oldenbvchii *notatis ad meditationem de euictione in donatione non indistincte praestanda*, Ienae, cIↃIↃccLIV. Sed sententiam suam latius exposuit Kochivs sub auspiciis Io. Gvil. Dietmari. *dissert. de euictione in donatione non indistincte praestanda*, Ienae, cIↃIↃccLVI.

§. XIV.

Non necesse est, vt animum habuerit pater legitima liberos defraudandi, vbi eius donatio pro inofficiosa sit declaranda.

1) A querela inofficiosi testamenti ad illam, qua impugnari solet donatio inofficiosa, valet conclusio, vti constat clare variis ex legibus. Sed in illa animus testatoris, a legitima heredem excludendi, haud spectatur. Si 2) experiri queunt querela hac liberi, qui post donationem demum lucem adspexerint: sine iure profecto fraudem; seu propositum nocendi in patre supponimus,

nimus, vbi eius donatio sit impugnanda; sed prius patet ex L. 5. *C. de inoff. donatione.* 3) VALERIVS ac GALLIENVS *impetum immensae liberalitatis;* nentiquam dolum desiderant, per quem facta sit inofficiosa donatio, *L. 2. C. de inoff. donat.* Eadem ratione 4) frustra dolum in donationibus quaerimus, quas inofficiosas declarat *L. 5. C. de inofficiosis donationibus.* Copiosius illud demonstrauimus in *diss. de praescriptione querelae donationis inofficiosae, §. 5. tom. 1. opuscular.* p. 298. Sententiae nostrae robur accedit auctoritate GEORG. AD. STRVVII, *syntagm. iuris ciuilis, tom.* III. *exercitat.* XL. *thes.* 14. p. 10. ANT. PEREZ, *comm. in cod. Institianeum, libr.* III. *tit.* XXIX. p. 169. OSWALD. HILLIGER, in *Donello enucl. libr.* XIX *cap.* 2. CHRIST THOMASII, *de legitima viventis cap.* 2. p. 12. idem statuentium: inter aduersarios deprehenditur potissimum ob *L. 87. §. 3. D. de leg.* 3. ac *L. 5. 7. et 8. C. de inoff. donat* IVST. HENN. BOEHMERVS, *de act. sect* II. *cap.* 3. §. 42. p. 228. et ex antiquioribus aliam in sententiam discedunt: HVGO DONELLVS, *commentar. iuris ciuilis libr.* XIX. *cap.* 2. et ANT. FABER, *libr.* III. *coniect. cap.* XVII.

§. XV.

Donationem inofficiosam rescindere quidem queunt donatoris heredes necessarii; minime autem donator.

1) Quaecunque leges remediorum mentionem faciunt, quae contra inofficiosam adhiberi possunt donationem, illae haec haud tribuunt donatori; sed eius heredibus, videlicet liberis *L. 1. 2. 6. 7. 8. C. de inofficiosis donation.* ac matri *L. 4. C. h. t.* 2) Donationem inofficiosam primum eam nominare possumus, quae dona-

toris patrimonium ita exinaniit, vt inane nomen heredis liberis relinqueret, *L.* 3. *C. de inofficios. donat.* ideoque non poteſt prius donatio pro inofficioſa declarari, quam ſi mors donatoris ſit ſequuta; qua quaeſo ratione donator itaque vivus querelam inſtituere poteſt? Si 3) querela inofficioſi teſtamenti inſtitui nequit a teſtatore, nec iſtam querelam inſtituere licet donatori, ſecundum *L. ult. C. de inofficioſ. teſtam.* nemo vero audebit teſtatori ipſi concedere querelam hanc teſtamenti inofficioſi. Quoniam patri ipſi liceat donationem revocare ob ſuperuenientiam liberorum, diſſentiunt Oswald Hilligervs, in *Donello enucleato*, *libr.* XVIII. *cap.* II. et Petr. Wesenbecivs, *ad tit. de inoff. donat. num.* 18. Sed ab iis diſceſſit Io. Bernh. Friesivs, *diſſ. de querela inofficioſae donationis*, Ienae cIↃ IↃ CCXV. *ſect.* II. §. III. hunc que ego ſequutus ſum, *tom. I. opuſcul.* p. 296.

§. XVI.

Inofficioſa donatio ſolummodo, in quantum laedit legitimam, reſcinditur.

1. Valent regulae, vtile per inutile non vitiari et quoties lex ad certum modum aliquid permittat hicque excedatur, tunc non totum infirmari; ſed quod illicite tantum eſt geſtum, *L.* 94. *D. de reg. iur. L.* 34. *C. de donation. L.* 1. §. 5. *D. de V. O.* cauſſa vero, cur Romani in teſtamento inofficioſo hiſce a normis diſceſſerint, quaeue in eo potiſſimum poſita erat, quod furorem teſtatoris in reſciſſione fingerent, nec quemquam decedere paterentur pro parte teſtatum et pro parte inteſtatum, ceſſat in donatione inofficioſa. 2) Teſtantur

tur id plures Romanorum leges euidenter. Non sine ratione *L. 7. C. de inoff. donat.* adfirmat, id solum reuocari, quod immoderate est gestum; hoc vero ad totam donationem adplicare haud possumus, quum hoc si intellexisset imperator, sine vllis verborum ambagibus, donationem reuocandam esse, constituisset. Ex sanctione *L. 5. C. h. t.* ex eiusmodi donatione solum *id, quod ad submouendam inofficiosi testamenti querelam non ingratis liberis relinqui necesse est*, id est legitima, detrahitur. Addas *L. 2.* et *8. C. de inoff. donat.* ac *L. 87. §. 3. D. de leg. 3.* atque ea, quae *diss. de querel. inoff. donat. praescript.* p. 14. protuli; iis autem opponitur ab aduersariis, quod legibus ea, quae de querela inofficiosi testamenti sunt cauta ad querelam donationis inofficiosae adplicent, secundum *L. 29. C. de inoff. donat.* atque id quod *L. 16. D. de iure patron.* *L. 87. §. 3. D. de leg. 3.* ac *L. 4. C. de contrah. emt.* est cautum. Nostrae inhaerent sententiae Io. Bernh. Friese, *diss. de querela inofficiosae donationis*, Ienae, clɔ Iɔ ccxv. Wolfg. Ad. Lauterbachius, *diss. de inofficiosa donatione*, Tubingae, clɔ Iɔ clxv. Arnold. Vinnius, *select. iuris quaest, libr.* I. *cap.* 33. Andr. Fachinaevs, *controu. iuris libr.* VI. *cap.* 84. Sam. de Cocceii, *iur. controuers. libr.* XXXIV. *tit.* V. *quaest.* 9. §. 9. ac Frid. Es. Pvfendorfivs, *obs. iuris vniuersi*, *tom.* II. *obs.* 278. Sed dissentiunt: 1) qui distinguunt, vtrum donatio facta sit ei, cui legitima competit; an extraneo et quidem priori in casu reuocandam credunt eam saltim partem donationis, quae laesit heredis necessarii legitimam; vbi autem posterius contingit, tum demum illud ad eam restringunt partem, si in fraudem legitimae haud sit suscepta, ac si ita sit facta, vt heres necessarius priuetur legitima sua portione

tione, integram donationem reſcindendam eſſe tradunt, cum DIDACO COVARRVVIA *var. reſolut. libr.* I. *res.* XIX. num. 12. ANTON. GOMEZ, *libr.* II. *var. reſolut. libr.* II. *res* 4. *num.* 15. ac IAN. A COSTA, *ad tit. inſtit. de inoff. teſtam.* II.) qui generatim ſolum reſpiciendum eſſe tradunt, vtrum donatio facta, vt laedatur heres neceſſarius in legitima; an id eum in finem haud ſit factum, cum ANTON. PEREZ, *ad tit. cod. de inoff. teſtamento num.* 4. *et* 8. ac Io. BRVNNEMANNO, ad *L.* 1. *C. de inoff. donat.* III) qui diſtinguunt, vtrum tempore donationis heres neceſſarius, cuius legitimae noceat donatio, exſtiterit; an potius ſuperuenerit ac quidem donationem, hoc ſi euenit, integram reſcindendam putant; minime autem id priori in caſu permittunt cum IAC. CVIACIO, *libr.* V. *obſ.* 14. ac 4) qui omni diſcrimine ac delectu remoto donationem integram omni tempore reuocandam eſſe cenſent, ſi eſt inofficioſa, nimirum ANT. FABER, *libr.* III. *coniect. cap.* 27. IVST. HENN. BOEHMERVS, *de action. ſect.* II. *cap.* 3. §. 43. CHRIST. THOMASIVS, *de legitima viuentis, cap.* 3. ac GEORG. LVDOV. BOEHMER, *de querela inoff. donationis*, Gott. CIↃ IↃ CCLI. §. 15. in eius *electis iuris ciuilis, tom.* I. p. 266. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien. de leg.* 2. ac *L.* 4. *C. de contrah. emt.*

§. XVII.

Si non vna; ſed pluribus defuncti donationibus factum eſt, vt eius heres legitima ſit priuatus, ille non ſolum contra earum vltimam; ſed contra omnes potius querelam inofficioſae donationis inſtituere poteſt.

3)

Digitized by Google

1) Videmus iam id ex *L.* 3. 4. 5. 6. *de donat. inoff.* quae plurium ſimul mentionem faciunt donationum querela impugnandarum; ſed euidentiſſime id comprobat *L.* 8. *C. h. t.* Quum illa de pluribus donationibus, vnum in filium collatis, quae eſſent reſcindendae, differit, belle nos monſtrat, nec ſolum eas donationes, quae pluribus; ſed vno eodemque tempore ſunt factae; verum etiam eas, quae diuerſis temporibus ſunt conditae, poſſe impugnari. 2) Idem quoque ex ratione, quae impulit Romanos, vt permitterent heredibus, donationes inofficioſas impugnare, eſt colligendum. Noſtram ſententiam adprobant ANT. FABER, *cod. Sabaud. libr.* III. *tit.* XX. *def.* 1. ANT. PEREZ, *com. ad cod. tom.* 1. p. 169. quoniam autem priores donationes pro inofficioſis haud declarari potuerunt; niſi aliae eas ſunt ſequutae haeque donatarios priores iure quaeſito priuare poſſe haud videntur; neque minus *L.* 24. *D. qui et a quibus manumiſſi* accedit, iis GEORG. AD. STRVVIVS, *ſynt. iuris ciu. exercitat.* XXXX. *thes.* 14. Io. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 1. *C. de inoff. donat.* et DAV. MEVIVS, *com. ad ius Lub.* p. 247. aduerſantur et vel minimum illas donationes, quae longe ante poſteriores ſunt initae, excipiunt. Ipſe quoque hanc ſententiam amplexus ſum *diſſ. de praeſcriptione querelae inoff. donationis* §. IIII. *tom.* I. *opuſculorum*, p. 297.

§. XVIII.

Si donatarius exiſtit ingratus, non ſolum eas ob cauſas, quae nominatae ſunt a Iuſtiniano in *L. vlt. C. de reuocand. donat.* ſed etiam ob alias reuocari poteſt donatio.

1)

1) Generatim THEODOSIVS et VALENTINIANVS, L. 9. *C. de reuocand. donat.* cauſſas manifeſtiſſimas ſupponit, e quibus, eam perſonam, in quam collata donatio eſt, contra ipſam venire pietatem, conſtat; IVSTINIANVS autem L. 10. *C. de donat.* non minus ſolum requirit, vt *donationis acceptor ingratus circa donatorem* inueniatur et, quod adiecit, exempli loco poſuiſſe videtur. Quodſi vero quoque 2) poſterius adfirmari nequit, legem ad alias cauſſas omni iure extendere poſſumus, ſi illius rationem paullo curatius intueamur. A noſtra ſententia diſcedunt, propterea quod nec exheredatio non; niſi eas ob cauſſas, quae *nou.* CXV. *cap.* III. et IV. ſunt adprobatae, ſit permiſſa: imperator, vbi haud alias ingrati animi cauſſas excludere voluerit, quasdam ſpeciatim non recenſuiſſet: *L. fin. C. de reuoc. donat. ex his tantum cauſſis, quae ſcilicet ſint nominatae donationes exerti* concedat ac §. 2. I. *de donat.* ſolum quibusdam ex cauſſis donationes reſcindi tradat Io. STRAVCHIVS, *exercit. Iuſtinianear. diſp.* VIII. *theſ.* 26. CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *veritat. academic.* XX. *theſ.* 30. Io. HARPRECHTVS, *not. ad* §. 2. *I. de donat.* SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXVIIII. *tit.* V. *quaeſt.* 10. p. 419. atque auctores *der Meditat. über verſchiedene Rechtsmaterien, tom.* IIII. *med.* CCLIX. p. 282. illam autem tuentur GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XL. *theſ.* 15. Io. SCHILTERVS, *ex* XLIII. *theſ.* 43. PETR. MVLLERVS, *ad Strum. loc. memorat.* IAC. MENOCHIVS, *de arbitr. iud. quaeſt. caſ.* 136. *num.* 4. ARNOLD. VINNIVS, *ad* §. 2. I. *de donat. num.* 6. ac LVDI. MARCKE, *gymnaſ. pol. iuris, diſp.* XV. *theſ.* 19. p. 226.

§. XIX.

§. XIX.

Actio, qua donationem ob ingratum animum donatarii reuocamus, eſt perſonalis.

1) Ex *L.* 1. *C. de reuoc. donat.* diſcimus, actionem hanc locum habere, licet donatarius dominus factus ſit rei donatae; eo autem in caſu haud poteſt eſſe actio realis, quae ſemper in actore requirit dominium. 2) Quaecunque actio neque heredi, neque contra heredem datur ac naturam actionis iniuriarum habet, iſta actio non poteſt eſſe actio realis; prius autem merito de actione iſta reuocatoria poſſumus adferre ob clara verba CONSTANTINI ac CONSTANTII, L. 7. *C. de reuocand. donation.* Non minus 3) iidem imperatores actionem hanc perſonalem vocant et idem nobis ſignificat IVSTINIANVS, *L.* 10. *C. de reuoc. donation.* dum donationes tales primum euertendas eſſe ſtatuit. Quaecunque actio ex delicto deſcendit; ea eſt actio perſonalis; §. 1. *I. de act.* Noſtra actio eſt actio, quae ex delicto deſcendit. 4) Si actio reuocatoria eſſet realis, aduerſus quemlibet poſſeſſorem inſtitui poſſet; ſed non poteſt inſtitui, niſi aduerſus donatarium hancque ob rem etiam inter actiones reales ei locum merito denegamus. Quoniam *L. 7. C. de reuoc. donat.* claris verbis ab imperatoribus reſcribitur, actionem, quae matri datur ad donationem ingratis liberis factam reuocandam effectum habere vindicationis; illa neque heredibus neque contra heredes datur et donator tanquam priſtinus dominus rem vindicare poteſt, ſecundum *L.* 23. *D. de R. V.* ſententiam hanc haud probant: OBERTVS GIPHANIVS, *lectur. Altorfin. ad L. 7. C. de donat.* ac HVGO DONELLVS, *comment. iuris ciuilis, libr.* XIIII, *cap.* 30. ſed eam defendunt

IAC,

Iac. Cviacivs, *libr.* IV. *obs. cap.* 17. ac Georg. Ad. Struvius, *syntagm. iuris ciuil. libr.* XXXIX. *tit.* V. §. XV. *tom.* III. p. 61. ac Helfr. Vlric. Hvnnius, *resolut. var. libr.* II. *tract.* IV. *quaest.* 10.

§. XX.

Pater iuri ob superuenientiam liberorum rem donatam reuocandi, renunciare potest, siue nati iam fuerint; siue adhuc exspectentur.

Posterius nemo facile in dubium vocabit, propterea quod caussa, cur donationem donatori alioquin ob superuenientiam liberorum reuocare liceat, sita solum sit in praesumtione, patrem non donasse, vbi iam ipsi esset cognitum, se procreaturum adhuc esse liberos. Vbi itaque praesumtio haec per declarationem hanc in rem a parente factam, cessat, cessat quoque caussa. Accedit quoque alia adhuc ratio. Quodcunque in alicuius fauorem est introductum, ei posse renunciari. regula est, a Iustiniano, L. *penult. C. de pactis* tradita. Est solum patris in fauorem introducta lex, quae reuocare donationem ei permittit ob liberorum superuenientiam hancque ob rem sine dubio ei quoque renuntiare potest ante; quam liberi sunt procreati. Hoc quum certum est, idem quoque permissum est, vbi liberi sunt nati. Nam 1) vbi eadem est ratio, ibi eadem legis dispositio. 2) Si pater, viuis liberis donare potest, firmam quoque seruare potest per hanc renunciationem donationem, quae, antequam liberi in lucem editi sunt, est celebrata; sed prius constat, ex *L.* 1. *C. de inoff. donat.* 3) Ubi donatio per superuenientiam libero-

rorum renocatur, bona donata ad patrem ita redeunt, vt pendeant ab ipſius arbitrio ac voluntate, L. 8. *C. de reuocand. donation.* Vbi ea ratione ad patrem redeunt: neceſſe eſt, vt pater definire quoque queat, vtrum retinere ea velit; an relinquere potius donatario, dum iuri ſuo renunciat Diſſentit, quoniam quilibet ſolum iuri ſuo renunciare poſſit; nec factum vnius alteri nocere queat: immo ea ſententia ſit amplectenda, quae benignior, HEIFR. VLRIC. HVNNIVS, *variar. reſolut. libr.* II. *tract.* IIII. *quaeſt.* II. p. 435. ſed inter conſentientes deprehendimus BENED. CARPZOVIVM, *part.* II. *cap.* 12. *def.* 530. et PETR. MVLLERVM, *ad Struu. loc. cit.*

§. XXI.

Reſciſſa ſemel donatione ob ſuperuenientiam liberorum, ea haud reuiuiſcit, ſi illi ante donatorem moriantur.

1) Si totum reuertatur ad donatorem, quod donauit atque eius in arbitrio ac dominio manet, vbi ille liberos ſuſcipiat poſt donationem: nec repetere id poteſt donatarius a donatore eo nomine, quod liberi, quorum cauſſa donatio ſit reuocata, e vita deceſſerint; prius autem claris verbis eſt cautum L. 8. *C. de reuocand. donation.* 2) Quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro ad alium transferri non poteſt vti clare conſtat ex *L.* 11. *D. de reg. iur.* ſed omnino id locum haberet, vbi donatarius, mortuis liberis, rem donatam repetere licet. Aliud ab aduerſariis traditur ob *L.* 12. *D. de iniuſt. rupt. et irrito facto ex teſtamento*, quum iure praetorio teſtamentum agnatione poſtumi ruptum conſeruatur, ſi deceſſit atque a teſtamento concluditur ad donationem; neque mi-

nus ob licentiam alienandi res a priori marito in vxorem translatas, vbi liberi sunt mortui, quos cum ipso procreauit, *L.* 3. C. *de secund. nuptiis* concessam, quumque ita sentiunt IVL. CLARVS *recept. sententiar.* §. 4. *donat. quaest.* 23. *num.* 9. ac ANT. GOMEZ, *var. resolut. libr.* II. *cap.* IIII. *num.* 12. nostrae sententiae fauent ANDR. FACHINAEVS, *controu. libr.* III. *cap.* 90. HVGO DONELLVS ad *L.* 8. *C. de reuocand. donat. num.* 9. Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 8. *C. de reuoc. donat. num.* II. atque auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, tom.* III. p. 218.

§. XXII.

Non solum patrono donationem liberto factam; sed cuilibet potius donatori donationem, quam fecit, reuocare licet ob superuenientiam liberorum.

Eo maiorem attentionem quaestio, quam haec thesis decidit, meretur, quum, eam si ita decideremus et *L.* 8. *C. de reuocandis donat.* solum ad donationes patroni restringeremus, hodie profecto haud esset adplicanda, quum Germani illos patronos ac libertos, qui Romae essent, plane ignorant; verumenimuero iure ita hac de quaestione sentimus, vt iam indicaui. Ratio legis memoratae in eo est ponenda, quod haud credendum sit, patrem voluisse liberis suis praeferre extraneum illum, cui quidquam donauit, si iam eos habuisset tempore donationis; vel isto tempore ipsi notum fuisset, se liberos adhuc esse procreaturum. Hoc quum obtinet in quouis parente, merito ad omnes parentes legem hanc adplicamus. Qui aduersariam tuentur sententiam, his argumentis vtuntur: quod perfecta donatio temere haud reuo-

Digitized by Google

reuocanda; nec a conuentione inuita altera parte recedere liceat: quod omne id, quod legitime factum, ex ſuperuenienti cauſſa retractari nequeat: ſupra memorata lex ad donationem inter patronum ac libertum celebratam ſit reſtricta; neque illud factum fuiſſet, ſi idem aliorum de donationibus placuiſſet: in L. *fin. C. de reuocandis donat.* omnes cauſſae reuocandae donationis recenſeantur; neque ſuperuenientiae liberorum mentio fiat: immo donator donatarium ſibi ipſi praeferat in re donata, ſecundum *L.* 35 §. 2. *D. de mort. cauſſa donat.* vbi vero hoc ſupponamus, merito quoque liberis praeferendus ſit donatarius: quod quis extraneo donat, liberis relinquere non debeat ac ipſos liberos, ſi ſunt heredes, factum defuncti ratum habere oporteat; vbi autem exheredati, iis haud quidquam competat atque AVGVSTINVS *cap. fin. cauſ.* 17. *quaeſt.* 4 donationem a patre liberis nondum natis factam retineri poſſe iure fori, liberis poſtea ſuperuenientibus, declarat. Ita ratiocinantur diſſentientes, videlicet ANTON. FABER, *libr.* VII. *coniecturar. cap.* 14. et 15. FRANC. CONNANVS, *libr.* VII. *commentar. cap.* 7. FRANC. HOTTOMANNVS, *libr.* I. *amicor. reſponſ. cap.* 12. ac HVGO DONELLVS, ad *L.* 8. C. *de reuocand. donat.* et *libr.* XIV. *comment. iuris ciuil. cap.* 32. iis tamen refragatur communis interpretum ſchola, e quibus nomino breuitatis cauſſa HELLER. VLRIC. HVNNIVM, *var. reſolut. libr.* II. *tract.* IV. *quaeſt.* X.

MEMBRVM SECVNDVM

DE

TRANSACTIONE.

---

§. I.

TRANSACTIO non est contractus innominatus; sed pactum legitimum.

Quamcunque conuentionem inter contractus innominatos referre volumus, ita illa comparata esse debet, vt quilibet pacisens ab illa recedere queat; quam diu alter eam haud impleuerit. Illud euidens est ex L. 5. §. 2. D. *praescript verbis*; neque vlli dubitationi subiectum; nonne autem L. 39. C, *de transactionibus* clare est cautum, non rescindi transactionem, licet istius eum, qui pactus est, statim poeniteat. Ita quum demonstratur prius propositionis huius membrum: posterius planum fit omnibus ex legibus, quibus obligandi vis transactionibus tribuitur, L. 16. et 17. C. *de transact.* Sed plerique aliud censent hique diuersas in sententias distrahuntur. Ob L. 6. C. *de transact.* 1) BARTOLVS ad L. 1. D. *de pactis*, p. 96. ac BALDVS in *com. ad tit. C. de reg permut. num.* 4. p. 140. et cum iis EDM. MERILLIVS, *rational. ex* Cuiacio, *libr.* I. *cap.* 7. *tom.* II *opuscul.* p. 180. existimant, transactionem esse contractum innominatum: ab his discedit 2) iam FRANC. CONNANVS, dum statuit, eam esse solum similem contractibus nominatis, in *comm. iuris ciuil. libr.* V. *cap.* 6. sed BARTOLI castra magis adhuc reliquerunt

3) Io.

3) Io. Corasivs, *libr.* 1. *miſcell. cap.* 23. ac Steph. Forcatvlvs, *in necyomantia iuris periti, obſ* xlvi. *dial.* 4. p. 3. dum transactionem inter contractus nominatos referunt: ac tandem 4) ſi, qui illa pactorum in cenſum ſcribunt cum Wolfg. Ad. Lavterbac io *coll. theor. pract tom.* 1. *libr.* 11. *tit.* 15. §. 19. ac Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* 11. *tit.* 13. *quaeſt.* 2.

§. II.

Transactio de hereditate fieri potest, licet tabulae testamenti nondum fuerint inſpectae.

1) Transactiones inſtrumentis denuo repertis haud infirmari, regula eſt, quam tradit *L.* 19. *C. de transact.* inſtrumentis autem teſtamenta merito adnumerantur *L.* 2. *D. teſtam. quem aper.* 2) Denegat Scaevola *L.* 78. §. *vlt. D. ad Sc. Trebellian.* heredi fideicommiſſario, qui ante apertas tabulas cum fiduciario transegit et ab eo loco hereditatis quintam eius partem accepit, repetitionem eius, quod penes heredem reſtare, ex teſtamento aperto conſtabat. 3) Quod quis damnum ex ſua culpa ſentit, non intelligitur ſentire, *L.* 203. *D. de R. I.* 4) Non adeſt lex, quae eiusmodi transactionem prohibet, quum ea, quae *L.* 16. *D. de transact.* et *L.* 1. §. 3. *D. teſtam. quem. aper.* continent, nihil amplius produnt, quam quod de rebus teſtamentariis, antequam tabulae ſunt inſpectae, tranſigere difficile ſit. Qui transactionem de hereditate, nondum inſpectis tabulis, fieri negant 1) non minus ad modo memoratas prouocant leges ac ſimul ideo hac ſtatuunt, quod 2) fauor teſtamenti haud permittat, vt lucri captandi cauſſa teſtamenta occultarentur; aut plane obliterentur; 3) per eiusmodi transactionem facile circumueniri poſſint vltimae voluntates ac tamen ſecundum *L.* 5. *D.*

teſtam. quémadm. aperiantur publice expediat, vt illae exitum habeant; 4.) vel minimum TRIBONIANVS per locum, quem effato CAII duabus illis in legibus exhibito tribuit, declarauerit, ſe ita ipſum explicare, vt haud admittenda ſit transactio haecque explicatio retinenda ſit, ſi quoque ſenſui CAII non ſit adcommodata: 5) vterque locus graeco ſermone in libris ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, nimirum *libr.* XI. *tit.* II. *tom.* I. p. 771. ac *libr.* XXXV. *tit* 6. *tom.* IV. p. 781. ita legatur, vt non minus quoque ex eo liqueat, tales transactiones haud eſſe permiſſas: 6) non minus SCAEVOLA idem ſignificet *L.* 3. §. 1. *D. de transact.* quumque 7) CAIVS *L.* 16. *D. de condit. et demonſtr.* tradat, *ea, quae ex ipſo teſtamento oriantur, ſecundum iuris ſcripti rationem expediri neceſſe eſſe*, cauſſam quoque indicari putant, cur eiusmodi reiiciantur transactiones; praeter ea vero 8) ideo transactionem hanc illicitam fuiſſe credunt, ob viceſimam hereditatum. Quilibet itaque ſententiam, quam amplectitur, argumentis corroborare ſtudet eaundemque ob cauſſam non mirum eſt, diuerſa ac varia eſſe, quae hoc de re litteratiſſimi iuriſconſulti: ARN. VINNIVS, *libr.* I. *ſel. quaeſt. cap.* 8 SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. libr.* II. *tit.* XV. §. 10 Io. SCHILTERVS, *exerc.* IX. *theſ.* 9. VLRIC. HVBERVS, *eunom. libr.* II. *tit.* XV. p. 80 ANTON. SCHVLTINGIVS *diſſ. de transactione ſuper controverſiis ex teſtamento proficiſcentibus non inſpectis cognitisque eius verbis*, in *diſſ.* p 206. NIC. HIERON. GVNDLING, *diſſ. de transactione teſtamenti, non inſpectis eius verbis*, Halae, CIↃIↃCCIII. CHRIST. LVD. CRELL, *ad L.* 6. *de transaction.* Viteb. CIↃIↃCCXLIX. CAR. FRID. SCHVBERT, *diſſ. de iuſtitia transactionis teſtamenti nondum inſpectis tabulis ob ſublatam viceſimam hereditatum*, Helmſtadii CIↃIↃCCLXIX. Io. AVG. BACH, *de*

Digitized by Google

de iure transactionis ſuper controuerſiis ex teſtamento non cognitis tabulis, Lipſ. CIↃIↃCCLII. et CHRIST. HENR. BREVNING, *de transactione ſuper relictis in teſtamento tabulis non inſpectis*, Lipſiae CIↃIↃCCLXVIII. proferunt.

§. III.

Qui litem de re metuit, licet id sine cauſſa fiat, recte transigit; neque factam transactionem ea de re impugnare potest.

1) Claris verbis id ſancit imperator ANTONINVS, quum *L.* 2. *C. de transact.* *) cautionem ob transactionem factam de hereditate, de qua lis non erat, ratam eſſe ſtatuit eiusque rei rationem in eo haud obſcure ponit,

*) Quum verba *L.* 2. *C. de transact.* haec ſunt: *quum te proponas cum ſorore tua de hereditate transegiſſe et ideo certam pecuniam ei te debere remiſſe, etſi nulla fuiſſet quaeſtio hereditatis tamen propter timorem litis transactione interpoſita, pecuniam recte cauta intelligitur: ex qua cauſſa ſi fiſco ſolviſſes, repetere non poſſes et, ſi non ſolviſſes, tamen iure conuenireris*: integritatem verborum ideo potiſſimum in dubium vocauit ANTON. FABER, *libr.* XVII. *coniecturar. cap.* 4. quod fiſci mentio fiat et haud tamen liqueat, qua ratione legislator ad fiſcum hoc loco peruenire queat. Subſtituit itaque in locum *fiſco illico* et licet vsque eo haud progrediatur MARC. LYCKLAMA A NIEHOLT, *libr.* I. *membranar. eclog.* 17. p. 75. negat tamen cauſſam, quam memoratum tangit reſcriptum, ad fiſcum pertinere ac ſolum adplicare putat caeſarem ea, quae de transactione cauerat, inter Luctatium eiusue ſororem interpoſita, ad illas conuentiones, quas fiſcus ſimili ratione iniret. Noſtra parum intereſt, quomodo haec controuerſia critica decidatur; verumenimuero plures emendationem illam Io. FABRI improbarunt, videlicet ABR. WIELINGIVS *lection. iuris ciuilis, libr.* II. *cap.* 32. ac Io. GVIL. MARCKARDVS, *probabil. receptar. lection. part.* I. p. 136. Eorum coniecturae copioſius a me ſunt expoſitae *diſſ. de transact. propter timorem litis interpoſitis*, §. XIII. *tom.* I. *opuſcular.* p. 245.

nit, quod transactio eiusmodi sit valida. Quod 2) ex transactione datur, non repetitur, licet nulla cauſſa media fuerit, vti conſtat ex *L.* 65. *§.* 1. *D. de condict. indebiti.* Si 3) ei demum haud nocet, quod de ſe detulit, vbi eas inter perſonas id obtinet, quibus ignorantia iuris non obeſt, ordinarie is, qui ex metu litis transegit, eo nomine transactionem impugnare non poteſt, quod ſine cauſſa metuerit litem. Qui rationem ſupra adlegatae *L.* 2. *C. de transact.* non in timore litis; ſed potius in fauorem ponunt, nimirum veteres gloſſatores, IAC. CVIACIVS, *libr.* IX. *cap.* 29. ac HVGO DONELLVS *comm. ad Leg.* 2. *C. de transactionibus* diſſentiunt. Ea autem, quae nos tradidimus, copioſius a nobis expoſita ſunt in *diſſ. de transactionibus propter timorem litis interpoſitis*, Ienae CIↃIↃCCLXII. *tom.* I. *opuſculor.* p. 240.

§. IV.

Super re iudicata transactio valet.

1) Etiam ex re iudicata litem oriri poſſe, non eſt negandum; vbi autem illa eſt metuenda, ibi locum habet transactio. Clare 2) hoc patet ex L. 11. *D. de transactionibus;* iis tamen opponitur L. 23. §. 1. *D. de condict. indebiti.* Conferas, quae hac de re; diuerſa tamen ratione, diſputant CHRIST. HENR. BREVNING, *diſſ. de cauſſa doli in transactione*, Lipſiae CIↃIↃCCXV. et MARTIN. WOLDER. SCHROETERINGK, *diſſ. de transactione ſuper re iudicata*, Lugd. Batauor. CIↃIↃCCLIV.

§. V.

Transactio de adulterio non est valida.

2) Si

1) Si quis laesionem, ipsi ab adultero illatam, remittit, facit aut id gratis, aut interueniente pecunia. Prius quidem ipsi est permissum secundum *L.* 29. §. 2. *D. ad leg. Iul. de adult.* sed non transigit, quum alter, cui laesionem remittit nec quid dat; nec permittit; nec remittit. Posterius est species lenocinii, ex *L.* 2. §. 2. *D. ad leg. Iul. de adulteriis.* 2) Prohibet quoque eiusmodi negotium *L.* 18. *ad leg. Iul C. de adulteriis.* Qui aliud statuunt, prouocare solent ad epilogum *Nou.* CXVII. atque effectus condonationis coniugis innocentis quumque a nostra sententia reuera quoque discedunt, qui solum transactionem admittunt, si gratuita in remissione consistit, inter aduersarios a me quoque numerantur BENED. CARPZOVIVS, *prax. crim. quaest.* LV. PETR. HEIGIVS. *part.* II. *quaest.* 29. *num.* 80. GEORG. AD. STRVVIVS, *syntagm. iuris ciuil. exercit.* VI. §. 61. Conferas tamen GERH. NOODTIVM, in *Diocletiano et Maximiniano tam.* I. *op.* p. 271. ac CAR. FERD. HOMMEL, *de transactione super crimine capitali*, Lipſ. CIↃIↃCCL.

§. VI.

Non datur transactio iudicialis inuita.

1) Quaecunque transactio est conuentio; illa autem non; nisi libero pacisceutium consensu celebratur. 2) Transactio iniri nequit; nisi datum quidquam sit; aut remissum; aut promissum secundum *L.* 38. *C. de transact.* sed inuitus dare quid; aut promittere; aut remittere nequit. 3) Liti se abdicare est res meri arbitrii, *L. vn. C. vt nem. inuit.* verumenimuero ad ea, quae liberi arbitrii sunt, exercenda nemo compelli potest. 4) Transactio supponit semper liberum arbitrium; sed illud locum habere nequit in eiusmodi negotio, ad quod

quis inuitus cogitur. 5) Nouella denique CXXIV. *cap.* 4. claris verbis coactionem in transactione prohibet: qui autem aliud exiſtimant, ideo id obtinere putant, quod iudex litigantis temeritatem eo coercere poſſit et ſi ſalus publica transactionem requirat, ea quoque imperari queat. Diſſentiunt: Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Rom. exercitat.* VIV. §. 25. DAV. MEVIVS, *part.* I. *deciſ.* 224. et NIC. CHRIST. LYNCKERVS, *diſſ.* IX. *de potent. princip. in iudic. eminentior. part. ſpec. ſect.* II. *cap.* 2. §. 17. ſed idem, quod nos ſtatuimus, docent: AVG. BERNH. EBERWEIN, *diſſ. de neceſſitate ad tranſigendum impoſita*, Gedani cIↃ IↃCCXXII. Io. CASP. HEIMBVRGIVS, *de transactione iudiciali inuita*, Ienae cIↃ IↃCC XLV. ac SIXT. IAC. KAPFIVS, *diſſ. de transact. imperata*, Tubingae cIↃ IↃCCLXI.

§. VII.

Transactio ob enormem laeſionem reſcindi haud poteſt.

1) In iure ſaltim requiritur, vt, qui transactionem inire velit, quidquam ſaltim det; vel remittat; nec neceſſe eſt, vt proportio quaedam exiſtat inter illud, quod datur ac id, quod remittitur. 2) Transactio comparatur cum re iudicata aeque ac iureiurando, L. 1. et 2. *D. de iureiur*, ac *L.* 20. *C. de transact.* quumque neque in illa; neque in hoc ratio habetur laeſionis enormis, nec id permittitur in transactione. 3) Damnum, quod quis culpa ſua ſentit, non ſentire videtur: transigens autem culpa ſua damnum ſentit, quam in transactione commiſit. 3) Clare rem teſtatur L. 78. §. *vlt. D. ad Sc. Trebellianum.* Denegatur ibi heredi fideicommiſſario re-

reſciſſio transactionis, licet quadruplo amplius in hereditate exiſtat; quam per transactionem acceperit, quum traditur, conueniri poſſe heredem in reliqua, ſi non eſſet transactum *). 5) Quae cauſſae transactione ſunt

*) Omni opera aduerſariae ſententiae fautores remouere ſtuduerunt *L.* 78. §. 16. *D. ad* Sc. *Trebellian.* Nimium diuagarer, ſi ſingulas coniecturas, quas de ea iurisconſulti proferunt, recenſere vellemus; ingenue tamen fateri me oportet, me haud perſpicere, quid ſibi velint doctiſſimi auctores *der Meditatio-nen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* I. *med.* VII. p. 40. quum quidem eamdem, quam foueo, tenent ſententiam et ad illam fulciendam non minus ad legem memoratam prouocant; eo tamen nomine illam haud derogari per *L.* 2. *C. de reſcind. vendit.* ſtatuunt, quod lex in codice antiquiori reperiretur ideoque haud ignota potuerit eſſe iurisconſulto SCAEVOLAE. Etſi lex memorata, quam DIOCLETIANVS ac MAXIMINIANVS condiderunt, in codice Gregoriano aeque ac Hermogeniano locum habere protuerit, quum extra omnem dubitationem eſt poſitum, illius auctores etiam horum imperatorum conſtitutiones in illa ſimul tranſtuliſſe; tuto tamen id affirmari nequit; vbi vero quoque illud extra omnem dubitationem eſſet poſitum aetas SCAEVOLAE, vti cuilibet conſtat, ea tempora haud attigit, quibus iſtae compilationes legum comparuerunt; vel DIOCLETIANVS et MAXIMINIANVS clauum imperii tenuerunt. Haec conſtitutio itaque nullo modo cognita eſſe potuit iurisconſulto noſtro et, ſi quoque coniicere vellemus, per eam nouum ius haud fuiſſe introductum, profecto probare haud poſſumus iam reſciſſionem emtionis venditionis permiſſam fuiſſe eius aetate. Ideo nec ſuffragari poſſum iis, quae hac de re protulit MICH. FRID. ABELIVS, *diſſ. de reſciſſione tranſactionis tam in genere, quam in ſpecie reſpectu laeſionis enormis* §. XXVI. quumque idem coniecturam SAM. DE COCCEII *iur. controu. libr.* II. *tit.* XV. *quaeſt.* 17. SCAEVOLAM loqui de tranſactione poſt reperta inſtrumenta, minime ideo reiiciendam eſſe putat, quod in illa res haud amplius dubia locum habuiſſet, non minus mihi id diſplicet, quoniam res dubia quoque poſt reperta inſtrumenta cogitari poturit. Maiore attentione dignum

Digitized by Google

sunt finitae, resuscitari nequeunt, teste L. 16. et 29. *C. de transact.* 6) Si generatim prohibitum est; quo minus transactio rescindatur ob instrumenta nouiter reperta; nec illa eo nomine reuocari potest, quod laesionem contineat enormem; sed prius clare constat ex *L.* 19. *C. de transact.* Omnia haec copiosius exponit CAR. GOTTL. KNORRIVS *diss de transactione non rescindenda propter laesionem vltra dimidium*, Hal. cIↃ IↃCCLVI. qui autem contrarium adfirmant, prouocant ad L. 3. *C. de dolo malo*, quae filiae emancipatae contra transactionem cum patre initam ob damnum, ipsi illatum actionem concedit in factum: 2) *L.* 65. §. 1. *D de condict. indeb.* repetitio detur, si euidens in transactione calumnia detegitur; 3) rescissionem concedat *L.* 3. §. 1. *D. de transact.* hocque 4.) aequitas postulet. Neque minus in eamdem, quam amplexus sum, sententiam discesserunt ARNOLD. VINNIVS, *libr.* 1. *quaest. iuris ciuil. cap.* 57. DAVID. MEVIVS, *part.* II. *dec.* 247. Io. VOETIVS, *ad tit. dig. de transactionibus*, §. 42. NIC. HIERON. GVNDLING, *diss de stabilitate et instabilitate transactionum*, §. XLII. CHRIST. WILDVOGEL *de transactione ob enormem laesionem non rescindenda*, Ienae, cIↃ IↃCCIIII. Io. HENR. BERGERVS, *respons. part.* I. *resp.* 101. AREND. IAN. VON DER STRIN, *de transactione ob laesionem enormem non rescindenda*, Vltrajecti, cIↃ IↃCCXXXVI. MICH. FRID. ABEL *de rescissione transactiones tam in genere, quam in*

num est, quod ipse SCAEVOLA sibi repugnare videatur, si cum memorata lege ea conferamus, quae protulit *L.* 3. §. 1. *D. de transact.* verum enimuero feliciter duas has leges conciliarunt GVIL. FORNERIVS, *select. libr.* II. *cap.* IX. *tom.* II. *thes. iuris Romani* EV. OTTONIS, p. 38. ac GERHARD. NOODTIVS, *de pact. et transact. cap.* I. *tom.* I. *oper.* p. 497.

in ſpecie, reſpectu laeſionis enormis. Erlangae, CIↃ IↃCC LXXV. Io. STEPH. PVTTERVS *in den auserleſenen Rechtsfällen, vol.* II. *reſp.* CCXXXVII. p. 1021. fratres BECMANNI, *conſil. part.* II. *conſil.* 57. ac Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſerv. pract. ad Leyſer vol.* I. *faſc.* II. p. 114. ii autem, qui his ab iurisconſultis diſceſſerunt, duas potiſſimum in claſſes ſunt ſcribendi. Quum in primam ii ſcribendi ſunt, qui diſtinguunt, vtrum transactio ſit iudicis auſpiciis celebrata; an potius extraiudicialis ac vel minimum, extraiudicialem ob laeſionem enormem reſcindendam eſſe tradunt, minitum: BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XXXIIII. *def.* 1. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 70. PAVLL. CHRISTINAEVS, *tom.* II. *dec.* 50. MICH. GOTTFR. WERNHERVS, *lect. comm. ad dig. libr.* II. *tit.* XV. §. 2. ac Io. VLRIC. CRAMERVS, *obſ. iuris vniuerſi, tom.* III., *obs.* 877. altera eos complectitur, qui ſine diſtinctione remedium ex *L.* 2. *C. de reſcind. emt. vend.* locum habere ſtatuerunt in transactione, videlicet CHRIST. PHIL. RICHTER, *decis.* XCIX. SAM. STRYCKIVS, *vſu mod. tit. de transact.* §. XXII. GEORG. AD. STRVVIVS, *ſynt. iuris ciuil. exerc.* VI. *theſ.* 67. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* II. *controu. iur. cap.* 26. Io. BALTH. WERNHERVS, *libr.* I. *obſeruat.* 177. et Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVS, *compend. digeſtor. libr.* II. *tit.* XV. §. 10. Iis merito quoque adiungo AVG. LEYSERVM, *ſpec.* XXXXVI. *med.* 7. quum eo in caſu quo reſciſſionem transactionis ob laeſionem enormem haud concedere vult, transactio cogitari nequit.

§. VIII.

Error transactioni nocet ita, vt ad eam reſcindendam ſufficiat.

1)

1) Vbi non adeſt conſenſus; ibi nec adeſt transactio ille autem tranſigens conſentire haud poteſt. qui errat, quemadmodum clare id teſtatur *L.* 15. *D. de iurisdictione.* Quum iurisconſultus 2) L. 36. *D. famil. erciſcund.* haud obſcure tradit, non transactum eſſe, vbi quis alterum coheredem eſſe putauerit, ſimul errorem ſufficere tradit ad impugnandam transactionem. Partim ob *L.* 65. §. 1. *D. de condict. indebiti;* partim ad cauſſam dubiam, quae in qualibet ſupponitur tranſactione atque ex errore naſcitur, in qua quilibet transigentium verſatur, quidam aliud ſtatuunt, e quibus IAC. FRID. LVDOVICI, *in doctrina pandectarum libr* II. *tit.* XV. §. 7. ac MICH. GOTTFR. WERNHER, *lect. comment. ad dig. libr.* II. *tit.* 15. §. 1. et 3. nominamus, ſed nobiscum conſentiunt praeter antiquiores AVG. LEYSERVS, *ſpec.* XLVII. *med.* 8. Io. AVG. HELLFELDIVS, *de eo, quod ob ſpecies nouiter repertas circa tranſactiones iuris eſt*, Ienae cIↃ IↃCC LVIIII. p. 8. ſq. et FRID. GOTTL. ZOLLER, *ex. iur. quaeſtionem: an ob errorem reſcindi poſſit tranſactio, continente*, Lipſ. cIↃ IↃCC LXV.

CAPVT

CAPVT QVARTVM
DE
CONTRACTIBVS VERIS NOMINATIS.

MEMBRVM PRIMVM
DE
CONTRACTIBVS REALIBVS.

SVBSECTIO PRIMA
DE
MVTVO.

---

§. I.

In contractu mutui fit alienatio.

Probatur propositio haec 1) ex notione mutui, quum illud est contractus, quo res fungibilis ita alicui datur, vt eius fiat hicque solum tantumdem in eadem quantitate et qualitate restituat, quemadmodum ea definit HEINECCIVS, *elem. iuris ciuilis, libr.* III. *tit.* XV. §. 792. 2) Quum IVSTINIANVS §. 2. *I. quibus alienare licet; vel non* neque pupillum; neque pupillam vllam rem sine tutoris auctoritate alienare posse traderet atque ex eo concluderet, quod ipsis haud liceret mutuam pecuniam dare, sine tutoris auctoritate, merito simul clarum nobis exhibet documentum, alienationem coniunctam esse cum contractu mutui. Quodcunque 3) ex meo facio tuum, illud alieno: mutuum ex eo dici, quod ex meo fiat tuum, PAVLVS testatur, *L.* 2. §. 2.

§. 2. D. *de rebus creditis.* Idem 4) *L.* 16. *D. de rebus cred.* ſocium communem pecuniam numerantem non aliis creditam, efficere tradit; niſi ceteri quoque conſentiant eiusque rei ſolum rationem in eo ponit, *quod ſuae partis tantum alienationem habuerit.* Credendo 5) nummos alienati, teſtis eſt AFRICANVS, *L.* 41. *D. de R. C.* Si 6) alienatio haud fieret in mutuo, non neceſſe eſſet, vt dominus ſit creditor; verumenimuero hoc requirere leges, patet ex *L.* 13. *D. de rebus creditis.* Haec ſunt argumenta, quibus nos vtimur; ea autem, quae proferunt aduerſarii, ſunt ſequentia; 1) Si mútuum eſt alienatio, nulla erit differentia inter mutuum ac donationem; nemini autem in mentem venit et mutua in donationum ſcribere cenſum. 2) Si mutuum eſt alienatio, non poteſt eccleſia mutuum ſub uſuris dare, quum alienationes ecc eſiis ſunt interdictae L. 14. 17. ac 21. C. *de* SS. *eccleſiis*: ſatis autem conſtat, eccleſias poſſe mutuum dare. 3) Qui mutuum accepit, eſt debitor; nemo autem cuiquam quidquam debet, quod tamquam ſuum accepit et ſibi proprium. Ex qua re quum iterum colligitur, haud alienare eum, qui rem mutuam dedit: 4) nouum argumentum ſumi ſolet ex nomine aeris alieni, quum ex eo concluditur, haud tranſire poſſe dominium illius ad debitorem; illud vero adhibetur in *L.* 2. §. *D.* 2. *de rebus creditis*, L. 27. §. 2. de *aur. arg. leg.* ac *pr.* I. *de oblig. quae re contrah.* Si 5) in mutuo res a domino, qui rem mutuam dat, alienaretur atque illi adquireretur qui accipit, nulla ratione permitteret, vt ab hoc vſurae exigerentur; illud vero haud eſt vetitum ideoque manet quoque dominium apud creditorem. Si 6) adquirit ſeruus, qui eſt diſpenſator, domino, quum illius pecunias foenori dat, non poteſt cogitari alienatio, prius autem liquet ex §. 4. *inſt.*

Digitized by Google

inſt. per quas perſonas cuique adquiritur. 7) Res aliena inutiliter legatur; liberatio autem debiti recte teſtamento relinquitur, quemadmodum conſtat ex *tit. D. de liberat. legat.* Vbi 8) locatio alienationem haud complectitur: nec id de mutuo adfirmari nequit; ſed prius nemo adfirmabit. Si 9) neque ex commodato; neque ex pignore alienatio oritur, nec id de mutuo ſtatuendum; verum enim vero ad commodatarium; vel creditorem pigneratitium haud tranſit dominium. Quod ſemel tandem 10) alienatum eſt, amplius non poteſt ab alienante transferri; ſed mutuum poteſt, vbi eſt contractum, ſine dubio donari debitori. Controuerſia, quae hac de quaeſtione inter iurisconſultos Belgas eſt orta, ſatis eſt nota. Celeberrimus CLAVD. SALMASIVS eleganti libro *de vſuris*, Lugd. Batau. cIↃIↃCXXXVIII. primum ſententiam ſuam de mutuo protulerat atque ſtatuerat, in mutuo non fieri alienationem. Diſplicuit ſententia haec imprimis PETR. CVNAEO, quumque hanc in rem colloquium inter vtrumque virum inſtitueretur, quod a CVNAEO litteris eſt conſignatum atque eius poſt obitum in ipſius ſcriptis repertum: SALMASIVS nouis argumentis ea, quae protulerat, corroborauit in praefatione, libro *de modo vſurarum*, Lugd. Bat. cIↃIↃCXXXIX. praemiſſa. Primum contra eum poſt CVNAEVM ſurrexit illius diſcipulus CYPR. REGNERVS in *P. Cunaei ſententia defenſa, a Cypriano Regneri, I. V. D. mutuum eſſe alienationem aduerſus Sphalmaſium quendam, dominum de Sancto Lupo* Lugd. Bat. cIↃIↃCXL. Reſpondit ei SALMASIVS *diatriba de mutuo, non eſſe alienationem, aduerſus Coprianum quendam iuris doctorem. Auctore Alexio a Maſſalia, domino de ſancto Lupo*, Leid. cIↃIↃCCXL. verum enimuero breui poſt tempore CYPRIAN. REGNERVS, in lucem emiſit *propemticon, ad*

Salmaſium, Lugd. Bat. *eod. ann.* eumque ſequutus eſt Io. Iac. WISSENBACHIVS, *diatriba de mutuo eſſe alienationem, eiusque vindiciae*, Lugd. clɔ lɔ ccxlv. Quoniam tam conſtans fuit SALMASIVS in ſententiis ſuis, quas ſemel amplexus erat: non potuit aequo animo ferre argumenta, ipſi oppoſita; ſed comparuit potius in arena potiſſimum anno quadrageſimo quinto ſaepius pluribusque ſcriptis, videlicet *confutatione diatribae de mutuo, tribus diſputationibus ventilatae auctore et praeſide Io. Iac. Wiſſenbachio*, Lugd. Bat. clɔ lɔccxlv. *diſquiſitione de mutuo, qua probatur non eſſe alienationem*, Lugd. Bat. *eod. anno: miſcellaneis defenſionibus pro ſe ipſo circa ſuam ſententiam, de mutuo*, Lugd. clɔ lɔcxlv. *epiſtola ad Menagium, ubi de mutuo tractatur. aduerſ. Car. Hann. Fabrotum*, Lugd. Bat. clɔlɔcxlv. ac per id nouos aduerſarios contra ſe excitauit. Referimus ad eos GVIL. GOESIVM, *vindiciis pro recepta de mutui alienatione ſententia*, Lugd. Batau. clɔ lɔcxlvi. nuper a Io. FRID. EISENHARTO, Hal. clɔ lɔcclxviii. denuo iuris publici factis: CAROL. HANNIB. FABROTVM *replicatione aduerſus Cl. Salmaſii refutationem de mutuo*, Paris, clɔ lɔccxlvii. *tom.* III. *theſaur. iuris Romani* Ev. OTTONIS, p. 1257-1304. ac POLYC. SENGEBERVM, *diſcept. de mutuo, aduerſus Cl. Salmaſii nouum dogma*. Paris. clɔ lɔcxxxvi. *tom.* III. *theſauri iuris ciuilis et canonici Meermanniani*, p. 369. Neque vero tunc ſiluit SALMASIVS; ſed GOESIO aeque ac SENGEBERO reſpondit *ſpecimine confutationis animaduerſionum Def. Heraldi cap.* I. *et* 2. anno clɔ lɔcxlviii. Diſcedebat quoque eiusdem in ſententiam BARTHOL. LECTIVS, *in diſſ. in mutuo non dari alienationem*, Leid. clɔlɔccl. ac GOESIVS ſeſe defendebat *animaduerſ. in cap.* I. *et* 2. *ſpecim. Salmaſiani*, clɔ lɔclvii. mors tamen SAL-

MA-

MASII huic liti finem fecit. Hiſtoriam huius litis recenſent GERH. MEERMANNVS, *praef. tom.* III. *theſauri iuris ciuil.* p. 5. et Io. FRID. EISENHARTVS, praefatione *vindiciis* GOESII praemiſſa; noſtro vero ſeculo SALMASII opinionem refutauit S. H. VAN IDSINGA *diſſ. de mutuo et veteri literarum obligatione*, *cap.* 2. Prodiit doctiſſima haec commentatio *Traiecti ad Rhenum* CIↃIↃCCLXII. et GERH. OELRICHS illam in *vol.* I. *tom.* I. *theſauri novi diſſertationum iuridicarum ſelectiſſimarum*, p. 107. tranſtulit.

§. II.

Creditorem, qui, vt debitor rem mutuam ſibi comparare poſſit, ei rem vendendam tradit, mutuum cum illo contrahere, AFRICANVS *L.* 34. pr. *D. mandati* clare confirmat.

Merito ante omnia monendum eſt, nos exploratum habere ac certum, creditorem tali ratione cum debitore mutui contractum celebrare poſſe, vt loco rei fungibilis rem non fungibilem tradat, eamque ipſi vendendam relinquat. Non ſolum id patet ex analogia iuris, quoniam extra omne dubium poſitum eſt, etiam traditionem breui manu locum habere in mutuo, L. 36. *D. de R. C.* L. 1. §. 21. *D. de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* L. 34 *pr. D. mandati* ac L. 21. §. 1. L. 9. §. 5. *D. de A. R. D.* ad illam autem haud amplius requiritur, quam quod ille, cui res eſt tradenda, eam iam vel apud ſe habeat; vel ab alio accipiat hocque ſine dubio memorato in caſu accidit, vbi debitori pecuniam, quam ex re vendita ab emtore acceperit, retinere permittit et in illa obiectum mutui conſtituit. Euidens potius quoque id eſt ex claris legibus ac potiſſimum ex L. 11. *D. de*

rebus creditis ideoque ſcimus quoque, qui inter recentiores hac de re dubitaret, neminem; verum ab eo multum differt alia quaeſtio, num AFRICANVS *L.* 34. *D. mandati* eamdem ſtatuerit ſententiam; nec ne? Adfirmare illud haud dubitamus duplici argumento, quod 1) hicce iurisconſultus, petere quidem poſſe creditorem adfirmat pecuniam, quam venditor ab emtore accepit; ſed magna cum cauti ne adiicit, creditorem pecuniam iſtam petere poſſe tanquam *creditam*. Quum deinde 2) VLPIANVS, de caſu ipſius rei vendendae L. 11. *D. de R. C.* loquitur, eumque mox creditorem, mox debitorem ferre, tradit, AFRICANVS noſter caſum pecuniae pro re ab emtore datae, omni diſcrimine remoto, ei, cui creditor vendendam rem tradidit, adſignat ac per id nobis indicat, mutuum per id ſimul celebrari, quo periculum rei in debitorem, tanquam dominum tranſire ſoleret. Ita feliciter repugnantiam, quae duas inter leges adeſſe videtur, tollere poſſumus, quae aliis multum difficultatis habere eſt viſa *). Diſſen-

*) Quemadmodum duae memoratae leges modo a me indicato feliciter conciliari poſſunt; ita quoque tantum abeſt, vt VLPIANVS *L.* 15. D. *de R. C.* atque AFRICANVS lege quam iam ex parte interpretatus ſum, nimirum *L.* 34. *pr. D. mandati* diſſentiant, vt vtriusque potius effata ſint ita explicanda, vt diſſidium, quod inter ea eſſe videtur, ſine vlla difficultate poſſit tolli. In priori lege VLPIANVS contractum mutui locum habere ſtatuit, ſi quis debitorem ſuum tertio pecuniam dare velit neque ſolum hunc mandanti obligari tradit, quamuis eius nummos non acceperit; ſed eumdem crediti nomine illam retinere ſcribit; AFRICANVS autem hoc profert: *qui negotia Lucii Titii procurabit, is, quum a debitoribus eius pecuniam exegiſſet, epiſtolam ad eum emiſit, qua ſignificaret, certam ſummam ex adminiſtratione apud ſe eſſe eamque creditam ſibi, ſe debiturum cum vſuris ſemiſſibus. Quaeſitum*

eſſ

Diſſentiunt vero non ſolum ii, qui duas has leges, nullo modo conciliari poſſe, ſibi cum BACHOVIO *ad Treutlerum diſp.* XX. *theſ.* 3. et NIC. DE PASSERIBVS, *in concil. leg. num.* 30. perſuadent; ſed etiam, qui alio modo

 illas

eſt an ex ea cauſſa credita pecunia peti poſſit? et an vſurae peti poſſint? Reſpondit, non eſſe creditam: alioquin dicendum ex omni contractu, nuda pactione, pecuniam creditam fieri non poſſe. Duae et plane diuerſae ſunt ſpecies, de quibus duo hi iurisconſulti loquuntur. Quum in ea, quam profert VLPIANVS, creditor aeque ac debitor in mutuum, quod contraxerint, conſenſerint atque ille per iuſſum, debitori ſuo datum; debitor autem per retentionem pecuniae, crediti nomine factam conſenſum ſuum declarauerit; in altera, quam debemus Africano ne ſyllaba quidem occurrit, ex qua conſtat Lucium Titium procuratoris ſui voluntatem, pecuniam a debitoris filii exactam, retinendi adprobaſſe ac ex parte ſua hoc modo quoque conſenſum ſuum dediſſe. Non potuit itaque fieri; quin quidem VLPIANO ſua in ſpecie creditum adeſſe, tacite vel minimum declararet; AFRICANVS vero pecuniam, cuius meminit, creditam eſſe, negaret. Neque vllo modo eum quidquam proferre, quod displicuit VLPIANO, quum nudam pactionem non ſufficere conſtat ad mutuum alio ex contractu contrahendum, haud difficulter cognoscere poſſumus, ſi ponderamus, eum ſolum nuda de pactione loqui. Hoc modo belle vtrumque effatum conciliatur a LVDOV. CHARONDA, *veroſimil. libr.* III. *cap.* 14. *tom.* I. *theſauri iuris Romani* EVERARD. OTTONIS, p. 793. IO. CORASIO *libr.* VI. *miscellan. cap.* 16. ac SAC. HERM. AB IDSINGA, *variar. iur. ciuil. cap.* 10. nihilo tamen minus illud negotium aliis tantis difficultatibus obſtrictum eſſe viſum, vt ANTON. FABER haud dubitaret adſerere *libr.* III. *coniecturar. cap.* 19. inter vtramque legem obtinere *celebrem illam etiam fere ab omnibus admiſſam inexplicabilem ἀντινομίαν*; EDM. autem MERILLIVS *ad tit. D. de rebus creditis, tom.* III, *theſauri iuris Romani* EV. OTTONIS, p. 671, de *L.* 15. D. *de rebus creditis* adfirmet, eam *inconciliabiliter* pugnare cum ſupra memorata lege Africani. Quae HVNNIVS, STRVVIVS atque alii ad tollendam hanc cerebrinam legum repugnantiam attulerunt, ſilentio iam praetereo et ſolum

illas explicandas esse censent, videlicet Iac. Cviacivs, *libr.* VIII. *obseruat. cap.* 8. p. 231. Marc. Lycklama a Nieholt, *membr. libr.* II. *eclog.* I. Io. Corasivs, *libr.* VI. *miscellan. cap.* 6. Helfr. Vlric. Hvnnivs, *libr.* III. *resol. var. leg. tract.* III. *part.* I. p. 707.

§. III.

Qui nummos suos alterius nomine et voluntate tanquam mutuum tertio soluit, huic adquirit condictionem mutui.

1) Probari hoc potest ex legibus, quum Vlpianvs *L.* 15. *D. de reb. cred.* lare dicit, illum mihi obligari ex mutuo, cui pecuniam tanquam mutuam meo nomine ac iussu soluit meus debitor: Aristo ac Ivlianvs vsque eo procedunt, vt, fieri quoque id posse ignorante creditore, statuant hancque ob rem Vlpianvs, *L.* 9. *§.* 8. *D. de rebus credit.* eo maiori iure supra memoratam sententiam repetit. Neque vero 2) repugnat analogia iuris. Cognoscimus quidem eam haud in verbis illis depravatis Vlpiani: *cum quotidie cre-*

lum monet, maiore attentione digna esse, quae de illa proferunt Iac. Cviacivs, *libr.* VIII. *obseruat. atque emendation. cap.* 8. Gvil. Barclaivs, ad *tit. pond. de reb. creditis, tom.* III. *thesaur. iuris Rom.* Ev. Ottonis, p. 857. sqq. Io. Robertvs, *sententiar. iur. libr.* II. *cap.* 4. et 5. Marc. Lvcklama a Nieholt *membranar. libr.* II. *eclog.* I. Gvil. Ranchinvs *var. lect. libr.* III. *cap.* 9. *tom.* V. *thes. iur. memorati* p. 960. Io. Altamiranvs, ad *libr.* II. *quaest. Scaevolae, tract.* II. *tom.* II. *thes. iur. ciuil. et canonici* Gerh. Meermanni, p. 397. ac Ios. Fernandez de Retes *opuscul. libr.* II. *sect.* I. *cap.* I. *tom.* VI. *memorati thesauri* p. 98.

Digitized by Google

creditori pecuniam mutuam, ab alio poſcamus, vt noſtro nomine creditor meus et futuro debitori noſtro atque in iis ſemper *petitionem principii* deprehendimus, licet quoque emendationem HALOANDRI, GOTHOFREDI, NOODTII aliorumque adhibeamus; ſed facile eam perſpiciemus, vbi ponderamus, hoc in caſu rem, quam quis debitor nomine alterius ſoluit, tempore, quo illud fit, reuera eius amplius haud eſſe atque in dominio potius exiſtere eius, in cuius nomine ſit ſolutio; nonne vero rem noſtram debitori tradere, cum aliis contractus celebrare iuraque nobis adquirere per alios poſſumus *)?

*) Verba L. 9. §. 8. D. *de rebus creditis: cum cottidie creditori pecuniam mutuam ab alio poſcamus, vt noſtro nomine creditor meus et futuro debitori noſtro*; vti ea in editione Florentina exhibentur, nullum fere ſenſum habere videntur eamdemque ob cauſſam ipſe TAVRELLVS ſatis notis ſuis diſtinctionibus haud obſcure ſignificat, ipſum Florentinam lectionem ei eſſe ſuſpectam. Non potuit itaque fieri; quin plures locum hunc emendatione quadam indigere crederent. Quum GREGOR. HALOANDER eum ita reſtituendum eſſe putaret: *cum quotidie creditori pecuniam mutuam ab alio poſcamus, vt noſtro nomine creditor numeret futuro creditori*: DIONYS. GOTHOFREDVS vel minimum lectionem poſtremorum verborum improbat et in locum eorum vel: *credamus futuro debitori noſtro*; vel: *credatur futuro debitori noſtro* ſubſtituendum ducit. Aliam ingreditur viam GVIL. BESTIVS *de ratione emendandi leges* cap. XXVI. quum poſtrema verba ita corrigenda eſſe ſtatuit: *vt noſtro nomine, creditor meus, det futuro debitori noſtro* atque ab hoc iterum aeque ac ab reliquis diſcedit Ios. NERIVS, *libr.* II. *emendationum, cap.* XIV. *tom.* II. *theſ. iuri; Romani* EV. OTTONIS p. 345. dum *meus et* mutandum cenſet in *incenſet*. Etſi SAM. DE COCCEII *inu. controuerſo* non facile genuinam lectionem legum reſtituere ſtudeat hocque negotium iure relinquat elegantioribus iuris prudentibus: in alienam meſſem tamen in hac lege falcem immittit et non minus coniecturam profert *libr.* XII. *tit.* I. *quaeſt.* 10. Sine dubio haud euoluit editio-

Propoſitioni huic opponi ſolet, quod nemo poſſit alii ſtipulari eique actionem adquirere: mutuum traditione perficiatur; haec autem dominium ſupponat in eo, qui condictionem mutuum velit ac *L.* 2. §. 4. *D. de re credit.* clare requirit dominium in dante. Alii hanc: alii illam adprobant ſententiam; mediam autem viam eligit SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XII. *tit.* I. *qu.* 7.

§. IV.

Siue debitor eodem in territorio moretur, quo eſt creditor; ſiue in alio, ad creditorem venire ipſique ſolutionem debiti offerre debet, ſi ſe ab obligatione ſua liberare vult.

Ge-

rionem Florentinam. Hanc ſi conſuluiſſet, profecto non ad corpus iuris gloſſatum prouocaſſet, vt monſtraret, initio huius loci non *creditori*; ſed *crediturι* legendum eſſe; neque argumentum petiiſſet ex eo vitio librariis ſatis vſitato, quod litteras u et e ſaepius commiſcerent, quum librariis codicis Florentini haud in mentem venit ſcribere *creditori*; ſed *crediturι* in illo legitur; praeterea vero ſolum commutandam putat voculam *et* in *det*, GERHARD. autem NOODTIVS *commentar. in digeſta, libr.* XII. *tit.* I. *tom.* II. *oper.* p. 277. emendationem Haloandrinam reliquis palmam praeripere putat. Si non ipſe TAVRELLIVS in antiquiori libro voculam *numeret* in locum *meus et* ſubſtitutam eſſe animaduertiſſet ac praeterea VLPIANVS in numero alioquin pluralis his in verbis locutus fuiſſet, quocum profecto *creditor meus* haud congruit: emendatio illa, quam protulit COCCEII, omnino quamdam ſimilitudinem veri conſequeretur; ſed haec ipſi obſtant ideoque ego quoque omnibus reliquis coniecturis praeferendam credo lectionem HALOANDRINAM.

Digitized by Google

Generatim hocce officium debitori imponitur L. 2. *C. de iure emphyteutico* ideoque regulam quoque ex eodem fine vlla diſtinctione formamus. Ob *L.* 18. *pr. D. de pecunia conſtituta* aliud placuit BARTOLO ad *L. cit.* ac Io. BRVNNEMANNO ad *eamdem legem;* ſed ab iis diſcedunt BENED. CARPZOVIVS, *libr.* 1. *reſp.* 92. ac Io. SCHILTERVS, *ex.* XXXV. *theſ.* 4.

§. V.

Si quis ante diem, quod debet, ſoluit: eius interuſuriam petere nequit a creditore.

Extra omnem dubitationem eſt poſitum, creditorem ſoluere poſſe ante diem; neque id, quod debuit, creditorique ſoluit, repeti potuiſſe, vti clare conſtat ex *L.* 10. ac 17. *D. de condict. indebiti.* *L.* 1. §. 1. *D. de condit. et demonſtrat.* ac *L.* 21. *D. quando dies leg.* hoc vero poſito pecunia ſoluta tanquam ſua vtitur, neque vllo modo cuidam quidquam debet pro eius vſu. Si 2) vſurae peti nequeunt, quum res tanquam indebite ſoluta condicitur, multo minus vſurae obtinent, vbi non adeſt indebitum; ſed potius debitum: prius patet ex *L.* 1. *C. de condict. indebit.* 3) *L.* 26. *C. de vſuris* eſt cautum, quod, ſi principalis actio non ſubſiſtat, ſuperuacuum ſit, ſuper vſuris iudicem cognoſcere; principalem autem haud ſubſiſtere, iam ſupra monitum eſt. Tandem 4) certum eſt, debitorem ipſum ſibi imputare debere, quod ante diem haud ſoluerit ideoque de damno, quod ipſi illatum eſt, queri non poſſe; vbi vero hoc certum, nec vlla ratio adeſt, cur poſſit vſuras petere. Contrarium qui adſerunt, prouocant ad aequitatem atque regulam illam, ſecundum quam nemo lo-

cupletiorem ſe facere poſſit cum alterius damno ſecundum *L.* 14. *D. de condict. indebiti* ac L. 206. *D. de reg. iur.* Neque minus de quibusdam legibus, nimirum *L.* 10. §. 12. ac *L.* 17. §. 2. *D. quae in fraud. credit.* et L. 29. D. *de condict. indebiti* credunt, quod nobis refragentur atque ita ſentiunt SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. dig. libr.* XII. *tit.* VI. *quaeſt.* 9. FRANC. DVARENVS ad *tit. dig. de cond. indeb. cap.* V. HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *var. iuris reſolut. libr.* III. *tract.* II. *qu.* II. REINH. BACHOVIVS *ad Weſenbec. libr.* XII. *tit.* VI. *num.* 4. Sed eam ſententiam, quam ego quoque amplexus ſum, proferunt ANT. PEREZ, ad *cod. tit. de cond. indebiti*, **num.** 5. Io. HARPRECHTVS, *ad inſt. tit. quib. mod. re contrahatur obligatio*, §. 1. GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* XVIII. §. 39. SAM. DE COCCEII, *iur. controuers. libr.* XII. *tit.* VI. *quaeſt.* IX. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, tom.* I. *med.* XX. p. 124.

§. VI.

Reſtitui poteſt eadem in ſpecie a debitore creditori mutuum; nec per id tranſit in commodatum.

Prius patet 1) ex idea mutui. Quum in eo debitor ſolum ſe obligat ad rem reſtituendam in eadem qualitate et quantitate, ſeu in eodem genere hocque adparet ex *L.* 2. §. 1. *L.* 3. *D. de rebus credit.* officio ſuo perfecte ſatisfacit, ſi eamdem reddit ſpeciem. Videmus quoque idem 2) ex eo, quod cuique paciſcenti, ab eo, quod ipſius ſolam in vtilitatem contractui eſt adiectum, recedere liceat, inuita altera parte; in mutuo au-

Digitized by Google

autem ſolum diſponatur in ſolius debitoris fauorem, quod ſolum in eodem genere mutuum ſit reſtituendum. Neque vero poſterius membrum ita eſt comparatum, vt de eo dubitare queamus. Nam 1) initium contractus, ſi eius natura eſt diiudicanda, inſpici debet; minime autem eius exitus, ſecundum L. 8. *pr. D. mandati*: L. 12. *D.* et L. 3. *C. ad Sc. Macedonian.* ac *L.* 144. *D. de R. I.* Quod ſi quoque generatim atque vniuerſe haud eſſet adfirmandum, accedit 2) quod ſemper in eo adhuc reſtat differentia inter mutuum et commodatum, quod in illo poſſimus ſaltem; in hoc autem debeamus reſtituere ſpeciem. 3) In mutuo debitor ſpeciem reddere ſolet hoc in caſu tanquam rem ſuam; in commodato vero tanquam rem alienam. Quibus aliud placet, potiſſimum prouocant ad differentiam, quae alioqui inter commodatum et mutuum, in eo eſt fundata, quod quidem ſpecies in commodato; minime autem mutuo reſtituatur. Diſſentiunt inter veteres iuris interpretes Azo, *in Summ. C. ſi cert. petit.* inter recentiores autem etiam ii, qui cum Bened. Carpzovio, *libr.* v. *reſponſ.* 8. diſtinguendum eſſe cenſent, vtrum alia ſpecies promiſſa ſit a debitore in mutuo; an hac de re non conuenerint partes. Diſtinctionem hanc ideo reprobamus, quod promiſſio talis mutui naturae repugnaret, hocque in permutationem; vel contractum innominatum do, vt des ſecundum L. 5. §. 1. *D. praeſcript. verb. L. pen. C. de rer. permutat.* conuerteretur. Sed nobiscum conuenit Sam. de Coccii, *iur. controu. libr.* XII. *tit.* 1. *quaeſt.* XVI.

§. VII.

Digitized by Google

§. VII.

Aeſtimatio rei, quam quis ex mutuo debet, pro re ipſa creditori haud eſt obtrudenda; nec adquieſcere debet ille, qui condictione certi ex mutuo centum ducatos Vngaricos petere poteſt, aeſtimatione illorum, a debitore ipſi oblata.

1) Certum eſt, eum, qui ad quidquam obligatus eſt, praeſtando id, quod intereſt, obligationi ſuae haud ſatisfacere. 2) Aliud pro alio ſolui haud poſſe, regula eſt, quam ius tradit *L.* 16. *C. de ſolutionibus*; ſed aliud iam ſolueret debitor, ſi ſolum aeſtimationem offerre vellet, quoniam aeſtimatio rei a re ipſa differt. 3) Idem ex idea mutui patet. Quum in eo debitor neceſſitate eſt adſtrictus, ad reſtituendum id, quod mutuo datur in eadem qualitate et quantitate ideoque debitor creditori, ſi ille nummos eiusdem generis ſibi ſtipulatur ideoque obiectum mutui non ſolum circa quantitatem: ſed etiam circa ipſum corpus pecuniae verſatur, eiusdem generis nummos praeſtare debet, officium ſuum rite implere haud poteſt, ſi eorum aeſtimationem ſolum offerret. 4) Dicit PAVLLVS, L. 2. *pr. D. de rebus creditis*, mutuum non eſſe, quo aliud genus, v. c. pro vino pecuniam, recipiam idemque ſignificatur iis in legibus, in quibus diſtinguitur merx ac pretium ſecundum *L.* 42. *D. de fideiuſſor. et mandat* ac L. 1. *pr. D. de ver. permutat.* Quum CORN. VAN BYNCKERSHOECK, *obſ. iur. Rom. libr.* 1. *cap.* 9. lectionem vulgatam aeque ac Haloandrinam *L.* 99. *D. de ſolut.* Florentinae praefert, ex ea aeque ac *L.* 24. *D. depoſito* et *L.* 94. *§.* 1. *D. de ſolut.* contrarium adfirmat

Digitized by Google

mat; ſed noſtram ſententiam probant BENED. CARPZOVIVS; in *iurispr. for. part.* II. *conſt.* 29. *def.* 4. *ac libr.* V. *reſ.* 95. et Io. LVD. SCHMIDIVS, *in der rechtl. Beantwortung der Frage, in was für Münzſorten eine Geldſchuld abzutragen, cap.* 3. §. 133. p. 116.

§. VIII.

Moneta reproba ſolutio debiti peragi nunquam poteſt.

1) Nunquam eo in caſu creditor tantumdem in eadem qualitate et quantitate accepit, quod tamen in mutuo eſt neceſſarium. 2) Sine moneta ſolutionem peragere non poteſt debitor; ſed moneta reproba non eſt moneta. 3) Clare hoc docet L. 24. §. 1. *D. de pignerat. actione.* Huic autem regulae opponi ſolet, quod in ſolutionibus potiſſimum ad tempus contractus ſit reſpiciendum. Litigatur hac de quaeſtione inter gloſſatorem ad *L.* 5. *D. de reb. cred.* MATTH BERLICHIVM *part.* II. *concluſ.* 35. *num.* 19-31. BENED. CARPZOVIVM, *part.* II. *conſt.* 28. *def.* 3. GEORG. AD. STRVVIVS, *iurisprud. Rom. for. libr.* III *tit.* IV. §. 10. atque AVG. LEYSERVM, *ſpec.* 529. *med.* 19.

§. IX.

Reductionem ſortis ferre debet creditor, ſi in meliore moneta ei ſoluitur; quam ea fuit, quae ſoluta fuit debitori; niſi aliud eſt conuentum.

Quae-

Quaeſtionem haec theſis tangit, quae ſeculo ſuperiori aeque ac noſtro eo potiſſimum tempore, quo ſingularis emendatio rei ſuſcepta eſt monetariae, ſaepiſſime in medium fuit prolata. Iure ita eam decidimus, propterea quod ſaltem tantumdem petere poſſit creditor; ſuperiori tamen ſaeculo diuerſa ratione reſponderunt iurisconſulti. Tuemur ſententiam SAM. DE COCCEII, in *iure controuerſo*, *libr.* XLVI. *tit.* III. *quaeſt.* 5. ac Io. HENR. BERGERI, in *oecon. iur. libr.* III. *tit.* 11. §. 4. Neque ab iis diſcedit Io. LVD. SCHMIDIVS, in *der Abhandlung von den Münzſorten, in welchen eine Geldſchuld abzutragen*, *cap.* III. §. 244. iis vero aduerſantur. CHRIST. PHIL. RICHTER, *deciſ.* 72. *num.* 13. et GEORG. ADAM. STRVVIVS, *exerc.* XVI. *theſ.* 32. *tom.* I. p. 1020 quoniam, ſi prauam monetam, quam accepit, debitor, vt probam expenderit, non habeat, cur conqueratur ac reuera reductione locupletiorem ſe redderet cum damno creditoris.

§. X.

Etſi debitor ſortem creditori in eadem moneta, qua eam accepit, ſoluere haud promiſerit; in alia tamen ea, ſi ea ex re damnum paſſurus eſt, obtrudi nequit.

Clare hoc teſtatur PAVLLVS, *L.* 99. *D. de ſolutionibus*, vbi *creditorem*, inquit, *non eſſe cogendum in aliam formam nummos accipere, ſi lex ea re damnum aliquod paſſurus eſt*, vti legitur in editione vulgata aeque ac Haloandrina; huic vero propoſitioni opponi ſolet, quod illud haud liqueat hac ex lege vti ea exhibeatur,

tur codice Florentino. Nobiscum conſpirant DION. GOTHOFREDVS, *ad hanc leg.* ſed lectionem Florentinam, praeſertim ob auctoritatem librorum ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ, qua fulcitur, defendere laborant IAC. CVIACIVS, *ad Paul. reſponſ. libr.* IIII. *in hac leg.* FRANC. HOTTOMANNVS, *illuſtr. quaeſt.* 15. et CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK, *libr.* I. *obſervat. cap.* 9. *tom.* I. *op.* p. 45.

§. XI.

Vbi damnum alia ex moneta creditor haud facit, qui certam monetam sibi non stipulatus est, adquieſcere debet, si aliam accipit.

1) Vbi tantumdem debitor in eadem qualitate et quantitate creditori ſoluit, ibi ſatisfacit ſuae obligationi; illud

*) Quum in codice Florentino priora verba L. 99. *D. de ſolut.* ita exhibentur: *debitorem non eſſe cogendum in aliam formam nummos accipere, ſi ea ex re damnum aliquid paſſurus ſit*, quantum ſcio, Io. IENSIUS, in *ſtrictioris iuris Romani redintegratis*, p. 483. vnicus fere eſt, qui lectionem: *debitorem* defendit, propterea quod debitoris ſit accipere; creditoris vero recipere: ſed nimium ſubtiliter philoſophatur eruditiſſimus Belga. Alii fere omnes in eo conueniunt, quod hoc loco vitio laboret codex Florentinus atque in locum *debitor creditor* potius ſit ſubſtituendum. Inter eos eminet praeter nominatos iurisconſultos Io. LEVNCLAVIVS, *libr.* II. *notator. tom.* III. *theſauri iuris Romani* Ev. OTTONIS, p. 1425. atque eorum in ſententiam diſcedere eo minus dubito, quum, obſeruante BYNCKERSHOECKIO, *libr.* I. *obſervat. iuris Rom. cap.* 9. creditoris et debitoris nomina ſaepius confundi ſolent in Florentino codice: in vulgata editione legitur *creditor*; neque minus hanc lectionem retinuit HALOANDER: et quod maximum eſt, illa auctoritate librorum ΒΑΣΙΛΙΚΩΝ ſuſtinetur *tom.* IV. p. 169. ac damnum quidem, vbi in alium formam accipiuntur nummi, in creditore quidem; haud vero debitore eſt cogitandum, qui ſemper ſolum tantumdem in eadem qualitate et quantitate ſoluit.

lud autem adeſſe poteſt, licet alia in moneta ſolutio peragatur, propterea quod in pecunia non ſpecies; ſed quantitatem ſpectare ſolemus. 2) Concludimus illud ex *L.* 99. *D. de ſolut.* Quum ibi iurisconſultus ſolum creditorem non cogendum eſſe, ſtatuit, aliam accipere monetam, ſi damnum ex illa eſt paſſurus, merito ſtatuimus, cogi poſſe, ſi damnum haud patitur. Quoniam aliud pro alio inuito creditori ſolui non poteſt, *L.* 2. §. 1. *D. de reb. credit.* nec quaeuis pecunia recipiat functionem in quolibet genere: mutuum in eadem qualitate ſit reddendum ac *L.* 9. *§. fin. D. de contrah. emt.* res aureas aeque ac argenteas maxime inter ſe differre ſtatuitur: aliud docet communis iurisconſultorum ſchola cum Bened. Carpzovio, *part.* 11. *conſt.* 19. *def.* 2. ac recentioribus; ſed aliam in ſententiam diſcesſit Christ. Frid. Imman. Schorchivs, in *proluſ. de eo, quod iſtum eſt in reddendo mutuo*, Erford. cIↃIↃCCLXI.

§. XII.

Moneta, qua debitor nomen liberare vult, eam bonitatem intrinſecam habere debet, quam habuit moneta, ipsi a creditore data.

1) Debitor ſemper ex mutuo obligatus eſt ad reſtituendam rem, in eadem qualitate et quantitate; illud autem haud fit, ſi viliorem monetam offerret debitor ac materia, ex qua iſta eſt conflata, deterior eſſet; quam illa, ex qua nummi creditoris erant cuſi. 2) Tantumdem ſemper accipere debet creditor; ſed illud haud nanciſcitur, vbi redditur ei vilioris pretii moneta, quoniam minuta monetae bonitate rerum pretia creſcunt ideoque pro floreno, ex aere viliori cuſo, tantum mihi comparare nequeo, quantum mihi adquirere poſſum

pro

pro eo, qui eſt probae notae. Quoniam numinus non valere videatur ex ſubſtantia ſua; ſed ex valore, quem ei princeps dedit: *L.* 1. *pr. D. de contrab. emt.* aeſtimationem nummorum publicam ac perpetuam eſſe tradat ac tandem *L.* 1. *C. de vet. numm. poteſt.* cautum; quominus quis nummos, forma publica cuſas, iuxta valorem praeſcriptum accipere recuſet BARTOLVS, ad *L.* 101. *D. de ſolut.* BALDVS, ad *L.* 42. *D. de iur. dot.* cum variis recentioribus doctoribus, IAC. GOTHOFREDO, *de mutat. monetae et aequalitate in mutuo*, Geneuae, cIↃIↃCLIV. ac potiſſimum CHRIST. PHIL. RICHTER, *deciſ.* LXXII. *num.* 26. et SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XLVI. *tit.* III. *quaeſt.* 5. aliud ſtatuunt; ſed nobiscum conſentiunt: MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *concluſ.* 35. *num.* 40. Io. HENR. BERGER, *reſolut. leg. libr.* XII. *tit.* 1. PETR. MVLLER, ad *Strum. ex.* XLVI. §. 32. Io. IAC. MOSERVS, in *der Einleit. zum Reichshofrathproces*, *part.* I. *cap.* II. §. 36. ac Io. LVD. SCHMIDIVS, *loc. excit.*

§. XIII.

Bonitas externa si mutata est post mutuum contractum, non minus secundum eam solutio est praestanda, quam moneta habuit tempore contractus.

Neque minus veritas huius propoſitionis ex eo conſtat, quod tantumdem in eadem qualitate et quantitate ſit praeſtandum; neque vero quidquam amplius a creditore peti poſſit. Nihilominus quaeſtionem hanc, quoniam poteſt fieri; quin non ille numerorum numerus reddatur, quem dedit creditor; ſed iſto mox minor; mox maior eſt eo modo memoratum praeceptum, quod

tantum soluendum sit creditori; quantum accepit debitor, alia ratione deciderunt quidam iurisconsulti, quemadmodum ex iis constat, quae hac de re protulerunt IOACH. MYNSINGERVS, *cent.* IIII. *obs.* I. *nr.* 2. CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *decis.* LXXII. *nr.* 12. sq. MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *conclus.* 26. *nr.* 6. GEORG. AD. STRVV, *exerc.* XVI. *thes.* 31. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 73. BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *const.* 28. *def.* 5. atque alii. Ceterum merito monendum est, omnes has quaestiones, de quibus §. VII.-XIV. disputauimus, a iurisconsultis tam superiori; quam nostro saeculo tractatas fuisse, magna cum diligentia, ob mirabiles ac horrendas mutationes, quibus status rei numerariae fuit subiectus. Quum ex antiquioribus adlegare sufficiat CHRIST. BESOLDVM, *recapitulatione monetalium quaestionum, quatuor responsis comprehensarum*, Francof. cIↃIↃCXXIV. ANDR. DINNERVM, *de monetae mutatione quoad solutionem*, Norimbergae cIↃIↃCXXII. BERN. LEVBERVM, *tractat. von der Münze*, Halae cIↃIↃCXXIV. Jo. RVDOLPH. WERNHERVM, *discursu de mutatione monetae eiusque solution.* Erford. cIↃIↃCCXXIV. inter recentiores locum tenent: HENR. MELCH. SCHÜTTEN, *diss. de eo, quod iustum est, circa restitutionem mutui, mutata bonitate monetae*, Erford. cIↃIↃCCXXXVIII. CHRIST. FRID. IMM. SCHORCH, *de eo, quod iustum est in reddendo mutuo in casu, si monetae mutatio medio tempore facta est*, Erford. cIↃIↃCCLXI. Io. LVD. SCHMIDIVS, in *der ausführlichen Abhandlung der strittigen Rechtsfrage: in was für Münzsorten ist eine Geldschuld abzutragen?* Ienae cIↃIↃCCLXIII. Io. GOTTL. SEGER, *diss. de mutato valore monetae in solutionibus aestimandis*, Lipsi. cIↃIↃCCLXIII. CHRIST. HARTM. SAM. GATZERT, *de mutuo nummario post pecuniae mutationem prodro-*

prodromo, Gottingae CIↃIↃCCLXIV. auctor *der Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung in veränderten Münzen*, Brunſuic. CIↃIↃCCLXIV. M. P. BAVMHAVER, *in den neuen iuriſtiſchen Gedanken über das Recht bey der Wiederbezahlung der Capitalien bey der Veränderung des Münfuſes*, Hanou. CIↃIↃCCLXVII. ac Io. LVD. SCHMIDIVS, *in den rechtlichen Entſcheidungen, wodurch zugleich ſeine Abhandlung von den Münzſorten erläutert wird*, Ienae CIↃIↃCCLXIX.

§. XIV.

Si plura existunt vnius chirographi exempla atque eorum vnum redditum debitori, debitum per id remisſum eſſe, haud est censendum.

1) Si chirographum redditur, praeſumtio ſaltem oritur, creditorem debitorem liberare voluiſſe, ſecundum *L.* 14. *C. de ſolutionibus*; iſta autem per praeſumtionem fortiorem eliditur, quae contra debitorem ex eo deſcendit, quod retinuerit reliqua chirographi exempla creditor. 2) Patet id quoque ex *L. fin. D. de his, quae in teſtam. delentur*, quumque eius ex ſententia cancellatio vnius exempli teſtamenti valori reliquorum haud nocet, neque id ſtatuendum eſt de redditione chirographi; verumenimuero huic ſententiae opponi ſolet, quod vnum tantum inſtrumentum ſit; quamuis pluribus tabulis ſit conſcriptum, *L.* 24. *D. qui teſt. fac.* tabulisque reſtitutis non ſcriptum; ſed contentum reſtitui intelligitur, *L.* 2. §. 1. *D. de pactis*, *L.* 59. *D. de leg.* 3. *L.* 1. *C. de donat.* praeferenda ſit ſemper ſententia humanior haecque illa ſit, quae faueat liberationi, *L.* 47. *D. de obl. et act.* de redditione chirographi gene-

ratim sit cautum L. 2. §. 1. *D. de pact.* quod exstinguat nomen; nec alius finis huius actus cogitari posset; quam remissio debiti ac liberatio legata censenda sit, si vnum chirographi exemplum sit redditum. SAM. DECOCCEII, *libr.* II. *iuris controuersi, tit.* XIII. *quaest.* 4. REINH. BACHOVIVS, *vol.* I. *ad Treutler. diss.* VI. *thes.* 3. IO. IAC. WISSENBACHIVS, *ex.* IX. *num.* 14. atque ALEX. ARN. PAGENSTECHER, *siciliment.* II. *num.* 45. ita sentiunt; in nostram autem opinionem discedunt ARNOLD. VINNIVS, *sel. iuris quaest. libr.* I. *cap.* 7. IO. HENR. BERGERVS, *oecon. iur. libr.* III. *tit.* XV. et 3. *not.* I. AVG. LEYSERVS, *spec.* XLII. *coroll.* I. HENR. EHRENFR. KLOTZIVS, *diss. de quaestione, an ex redditione vnius ex pluribus chirographis super vno eodemque debito confectis obligationis eius remissio colligi possit*, Giessae, CIↃIↃCCLXXX.

§. XV.

Sola ex combustione chirographi haud oritur remissio debiti.

1) Si sola sit combustio chirographi, deficit ex parte debitoris acceptatio; acceptatione autem opus esse in remissione, concludimus ex eo, quod remissio sit donatio, secundum *L.* 23. *D. de donationibus* atque donatio, vti supra est monstratum, tamquam conuentio requirit acceptationem. 2) PAVLLVS L. 2. §. 1. D *de pactis* ideo redditione chirographi liberari tradit debitorem, quod videatur inter vtrumque, videlicet creditorem aeque ac debitorem conuenisse, ne peteret creditor hicque hoc nomine conuentionis habeat exceptionem; vbi itaque haud statuendum est, conuenisse vtrumque, ne peteret; neque ei tribuenda est exceptio conuentionis, ibi nec liberatio cogitari potest; quis vero hoc iure potest id colligi sola ex combustio-

ſtione? Huic ſententiae opponi ſolet, quod comparanda ſit combuſtio chirographi eius cum concellatione ac de hac cautum ſit in iure, *L.* 24. *D. de probat.* illa fieri pactum de non petendo. Ita vel minimum ſentiunt AVG. LEYSERVS, *ſpec.* XLII. *med.* 5. Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iuris libr.* II. *tit.* II. *theſ.* 28. CAR. FERD. HOMMELIVS, *rhapſod. obs.* II. noſtram autem probant Io. PETR. WOLBER, *de opin. remiſſ. debiti ſine acceptatione validae*, Gottingae, CIↃIↃCCXLVIII. ac Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obs. pract. ad Leyſer. vol.* II. *faſc.* I. p. 104.

§. XVI.

Dies interpellat pro homine debitoremque in mora constituit.

1) Si dies ſemel eſt definitus a creditore, quo debitor ſoluat, haud neceſſe eſt, vt creditor hoc denuo debitori in memoriam reuocet. 2) Quum POMPONIVS in *L.* 14. *D. de verbor. obligat.* fideiuſſores ante diem non obligari, ſcribit, tacite ſimul nobis ſignificat, praeterlapſo tempore iſtos ſtatim obligatione eſſe obſtrictos. 3) Longe euidentius eiusdem rei documentum nobis exhibet AFRICANVS, *L.* 23. *D. de O. et A.* qua quaerit, num interpellatio ſit neceſſaria, ſi traiectitia pecunia promiſſa eiusque nomine, vbi ad diem ſoluta non eſſet, poena in ſtipulationem deducta, ob operas eius, qui illam peteret. Duplici modo illam negandam eſſe indicat, quum *partim* eius quoque temporis, quo interpellatus non ſit, poenam peti poſſe ſtatuit; *partim* idem locum habere exiſtimat, ſi omnino interpellatus non ſit. Tandem 4) huius in iurisconſulti partes deſcendit imperator IVSTINIANVS, dum *L.* 12. *C. de contrah. ſtipul.*

ſtipul. eamdem poenam a debitore eo nomine haud euitandam eſſe cenſet, quod nullus illum admonuerit; debitoremque ea, quae promiſit, in memoria ſeruare iubet. Ooponitur huic theſi praeſertim *L.* 23. D. *de V. O.* Diſſentit Reinh. Bachovivs, *ad Treutlerum vol.* II. *part. prior.* p. 107.

§. XVII.

Sola aequitas praeter moram ac conuentionem legitimum fundamentum vſuraruun petendarum dici nequit.

Sola aequitas non producit obligationem perfectam; niſi legibus ſit agnita ac comprobata; illam autem in petendis vſuris haud ſuſtineri videmus; niſi adſit aut mora; aut conuentio. Non dantur itaque praeter has cauſſas plures, ob quas quis vſuras petere poſſet. Diſſentiunt, quod debitor tamen creditoris vtatur pecunia atque cum mercede, quam debet conductor, vſurae comparari debeant; neque minus vſurae neque ex mora; neque ex pacto deſcendentes probentur *L.* 3. §. 6. D. *de annuis legatis* ac *L.* 1. §. 1. D. *de vſuris* Io. Schiltervs, *exerc* XXII. *theſ.* 14. et *exerc.* XXIV. *theſ.* 38. Iac. Frid. Lvdovici, *doctrin. pandectar. libr.* XII. *tit.* VI. §. 16. ac vst. Henning. Boehmervs, diſſ. de *fundamento vſurarum pecuniae mutuatitiae*, §. 4. *tom.* IIII *exercitat. ad pandectas*, p. 95. noſtram autem tuentur ſententiam Bened. Carpzov, *part.* II. *quaeſt.* XXX. *def.* 8. Io. Henr Berger, *oecon. iuris*, *libr.* III. *tit.* I. *theſ.* 22. Io. Avg. Hellfeld, *iurisprud. for. libr.* XXII. *tit.* I. §. 1130. Avg. Leyservs, *ſpec.* CXXX. *med.* I. et *ſpec.* CCXLIV. *med.* 1. et 2. Io. Vlric. L. B. de Cramer, *obs. iur. univerſ.*, *tom.* IV. *obſ.* 1238. ac Adolph.

Digitized by Google

ADOLPH. DIETR. WEBER, *comment. de vſuris indebite ſolutis*, p. 7. ſqq.

§. XVIII.

Sola debitoris mora creditori ius, vſuras, alterum tantum ſuperantes, ab ipſo poſcendi haud tribuit.

Quum leges clare atque euidenter, idque, omni diſcrimine remoto, curſum vſurarum ſiſtunt, poſtquam ad alterum tantum peruenerunt, videlicet ex digeſtis L. 26. §. 1. *de condict. indebiti: L.* 9. *pr. de vſuris: L.* 4. §. 1. *de nautico foenore* atque ex codice *L.* 10. 27. §. 1. *C. de vſuris*, merito concludimus, neque eo in caſu licitas eſſe eiusmodi vſuras, vbi mora debitoris adſit, idque eo maiori iure, quum non facile tot vſurae ſine mora debitoris cogitari poſſunt. Idem docent: Io. OTT. TABOR, *de altero tanto, part.* IIII. *art.* 6. §. 5. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCXLVIII. *med.* 4. ſqq. quoniam autem *L. fin. pr. C. de vſuris rei iud.* hoc nomine creditori fauere videatur ac dolo protrahere poteſt litem, ſi vltra alterum tantum non currunt vſurae ab iis aduerſarii diſcedunt, inter quos locum tenent BENED. CARPZOVIVS, *quaeſt. crim.* 92. *num.* 52. et MATTH. BERLICHIVS, *deciſ.* XXX. *num.* 3. minime vero FRID. ESAIAS PVFENDORFIVS, *tom.* I. *obſ. iuris vniuerſi*, p. 19.

§. XVIIII.

Si quis ad vſuras mutui ſoluendas ſeſe obligauit, earum cursus haud ceſſat; licet iudex arresto imposito prohibeat; quominus creditori nomen, quod debet, ſoluat.

1) Vbi eiusmodi debentur vsurae, earum cursus non; nisi solutione nominis sistitur; haec autem haud fit, licet iam arrestum tale imponatur. 2) Mandatum iudicis stricte est interpretandum quumque solum prohibet solutionem nominis, haud vero vsuras tangit, neque ad illas extendi debet. Tandem 3) tale mandatum haud impedit; quominus quis pecunia alteris vti pergat ideoque nec efficere potest, vt ab vsuris, quas iam antea hoc pro pecuniae soluit vsu, liberetur. Qui aliud sentiunt, sententiam suam potissimum ex eo, quod, mandato a iudice semel dato, nulla debitori tribuenda sit mora, derivandam credunt quumque inter aduersarios non solum eos numeramus, qui generatim ob arrestum obligationem, vsuras soluendi cessare putant, vti BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *constit.* XXX. *def.* 24. MATTH. BERLICHIVS, *part.* I. *decis.* 30. ac CHRIST. PHIL. RICHTER *decis.* LXXIV. sqq. Simili ratione a nobis alieni sunt, qui cum AVG. LEYSERO, *spec.* CCXLIV. *med.* 10. et 11. vel minimum debitorem ad vsurarum solutionem haud obligatum esse credunt, si non occasionem habuerit, pecunia sua vtendi; eam vero sententiam, quam ipse protuli, defendunt SIGISM. FINCKELTHAVSIVS, *obs.* XIX. Io. SCHILTERVS, *ex.* XXXV. §. 12. NIC. CHRIST. LYNCKERVS, *res. disc. forens. res.* 498. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *tom.* III. *obs.* 170. atque auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *vol.* I. *med.* XXIII. p. 144.

§. XX.

Si nomen tertio vna cum vsuris nondum solutis cessum est, vsurae vsurarum ei haud competunt.

1) Quae-

1) Quaecumque exceptio competit aduerſus cedentem: ea opponi quoque poteſt ceſſionario, quumque iſte vſuras vſurarum poſcere haud poteſt, neque illud licitum eſt ceſſionario: prius clare conſtat ex *L.* 5. *C. de hered. vel actione vendita* Nemo 2) plus iuris in alterum transferre poteſt; quam ipſe habet. Regula eſt iuris, quam legimus *L.* 54. *D. de reg. iuris;* neque minus eamdem certo modo inuenimus *L.* 156. §. 3. *D eiusd. tit.* omnino autem illam transgrederemur, ſi vellemus ceſſionario concedere vſuras vſurarum. Qui aliud docent, prouocant ad id, quod de vſuris vſurarum, quas tutor in vſus ſuos conuertit, *L.* 7. §. 12. *L.* 9. §. 3. et *L.* 58. §. 1. *D. de admin. tut.* necnon *L.* 2. *C. de vſur. pupill.* traditur ac non minus *L.* 19. §. 4. *D. de negot. geſt.* ac *L.* 18. *C. eiusd. tit.* quidquam continere putant, quod ipſis faueat. Inter aduerſarios numerare debemus MATTH. BERLICHIVM, *part.* II. *deciſ.* 268. *num.* 57. et GEORG. AD. STRVVIVM *ex.* XXVII. §. 51. *num.* 13. Sed noſtram probant opinionem SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XVIII. *tit.* IIII. *quaeſt.* 22. SAM. STRYCKIVS, *vs. mod. libr.* XVIII. *tit.* III. §. 10. ac auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, tom.* IV. *med.* CCXVI. p. 114.

§. XXI.

Haud licet creditori, vſuras, quas debitor ipsi debet, antequam ſolutae fuerint, in ſortem redigere et de hac vſuras denuo sibi stipulari.

Iam VLPIANVS monuit *L.* 26. §. 1. *D. de condict. indebiti*, haud deduci poſſe vſuras vſurarum in ſtipulatum; ante eum vero MARCIANVS *L.* 29. *D. de vſuris*

idem tradidit, quum ſcriberet, pro non adiecta habendam eſſe promiſſionem *vſurarum* pro vſuris ſoluendarum, ſi eas ſtipulatus fuerit; nihil vero aliud contingit, vbi quis in ſortem reducit vſuras. Longe clarius autem rem decidit Iuſtinianus *L.* 29. *C. de vſuris* atque haud intereſſe ſtatuit, vtrum quis vſuras promittat vſurarum; an vſuras in ſortem redigat; ſed vtrumque vetat. Etſi vero haec ita ſe habeant; placuit tamen aliud quibusdam quumque creditori haud vetitum ſit ex perceptis vſuris nouam facere ſortem pecuniamque ipſi creditori mutuam dare, a quo illam pro vſuris dedit; neque vero minus breui manu traditio ordinaria in mutuo haud sit prohibita, ideo noſtrae repugnant ſententiae. Ita ſentiunt MATTHIAS BERLICHIVS, *part.* II. *deciſ.* 268. *num.* 8. DAVID. MEVIVS *diſcuſſ. tenuiorum inopiae debitor. cap.* IIII. *ſect.* VI. *num.* 28. et I *part.* IV. *deciſ.* 213. IVST. HENNING. BOEHMERVS, *conſult. ac deciſ. tom.* II. *deciſ.* 442. *num.* 8. et Io. VLRIC. CRAMERVS, *tom.* I. *obſ.* 432. ſed, quod ego tradidi, adprobant Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 28. *C. de vſuris*, GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuil. exerc.* XXVII. *theſ.* 50. HENR. DE COCCEII, *de anatociſmo, ſect.* II. §. 11. *vol.* I. *exercitat. curioſar. diſp.* LXXXVII. p. 1559. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCXLIII. *med.* 9. DAV. GEORG. STRVBEN in *den rechtlichen Bedencken, tom.* V. *Bed.* 64. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iuris vniuerſi tom.* III. *obſ.* 68. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, tom.* II. *med.* LXIII. p. 47.

§. XXII.

Alterum tantum vſurae excedere posſunt, quae non ob mutuum; ſed pretium ſoluuntur ab emtore.

1) Iſtae

1) Istae vsurae saltem continent id, quod interest; sed ad hoc haud sine distinctione adplicari nequit, quod leges de vsuris praecipiunt. 2) Reuera emtor re ac pretio simul frueretur, si vsuras, quae alterum tantum excedunt, recusare velit; illud autem non licitum est; nisi partes hac de re expresse conuenerint hancque ob rem etiam peti possunt vsurae, quae supra alterum tantum sunt. Sententiae huic quum opponitur potissimum *L. vn. C. de sentent. quae pro eo, quod interest:* omnes eos, qui cum CYNO, BARTOLO, BALDO, ANT. PEREZ ad *tit. C. de sentent. quae pro eo, quod interest*, IAC. CVIACIO, *recit. ad tit. memor.* p. 1093. IO. OTT. TABOR, *de altero tanto, part.* II. *art.* 5. atque AVG. LEYSER, *spec.* CCL. *med.* 3. id, quod interest, alterum tantum excedere posse negant, inter aduersarios numeramus: MATTH. autem BERLICHIVS, *part.* II. *corclus.* 38. *num. vlt.* ac BENED. CARPZOVIVS *asylo debitor.* §. 24. *num.* 276. mecum conspirant, quum memoratis viris clare repugnant.

§. XXIII.

Si quis vsuras vltra modum, legibus permissum soluit, recte id, quod eum superat, in sortem imputat quolibet anno, quo vsurarum solutio sit facta.

Claris verbis illud est cautum *L.* 26. *C. de vsuris.* neque minus iuris ex analogia id constat, quod ibi traditur, quum sine dubio repetere potuit debitor, quod vltra modum soluit et si hoc haud fit, ab eo momento, quo solutio est facta, illud cum parte sortis, quae eiusdem est summae, compensatur hocque facto ab ista sortis parte amplius vsurae haud debentur; neque ille impedire

potest,

poteſt, quominus hoc ipſo iure obligationem, inuito quidem creditore, minuat. Opponitur huic theſi anatociſmus, quem iurisconſulti, vti arbitrantur ii, qui illam reiiciant, committunt, quum eam defendunt; nihilotamen minus AVGVST. LEYSERI ſententia, quam *ſpec. CCXLV. med.* 10. profert, quaeue ea eſt, quamipſe adoptaui, vindicem ac tutorem inuenit in ADOLPHO DIETERICO WEBERO, *comm. de vſuris indebite ſolutis earumque tam repetitione; quam in ſortem imputatione ad L.* 26. *pr.* §. 1. et 2. *D. de condict. indebiti*, Suerini cIↃIↃCCLXXXIII, *ſect.* II. §. 22. p. 22. licet LEYSERVS notatus fuerit hoc nomine a Io. CHRIST. KOCHIO, *in meditat. ad Schaumb. compend. digeſtor. med.* VIII. p. 53. ſqq.

§. XXIV.

Vſurae singulis annis ſolutae, ſorti haud imputantur, licet eam ſuperent.

1) Clare id iubet imperator Antoninus, dum ſtatuit, vſuras, per tempora ſolutas, non proficere reo ad dupli computationem, *L.* 10. *C. de vſuris.* 2) Si ſolutae ſunt vſurae, deſinunt eſſe acceſſiones ſortis hancque ob cauſſam ratio quoque ceſſat, cur ordinarie vltra alterum tantum aſcendere nequeant. 3) Aliud quidem iubent nouellae CXXI. ac CXXXVIII. verumenimuero illae haud ſunt receptae. Teſtantur hoc ſententiae, in camera imperii latae, apud CHRIST. AB HAGEN, *tract. de vſur. vſurar. cap.* V. *num.* 15. et MINDANVM, *libr.* II. *de mandat. cap.* 72. teſtantur leges in prouinciis Saxonicis, Brandenburgicis ac Magdeburgenſibus latae, teſtantur hoc iurisconſultorum celeberrimorum nimirum FINCKELTHAVSII, *obſ.* 46. *num.* 9. RICHTERI, *part.* II. *deciſ.* 47. ſqq. aliorumque iudicia. Noſtram praeter

ter eos fouent ſententiam: SVRDVS, *conſil.* CCCII. et CCCXLII. ERN. COTHMANNVS, *vol.* II. *conſil.* 22. atque alii; qui vero aliud exiſtimant, non ſolum ad memoratas nouellas; ſed etiam ad L. 27. *ſ.* 1. *C. de vſuris* ac *L.* 29. et 30. *C. eiusd. tit.* prouocant. BENED. CARPZOVIVS, *aſylo debitor. cap.* 1. *poſ.* 13. *num.* 5. HENRIC. HAHNIVS, *de altero tanto*, *theſ.* 33. Io. OTTO TABOR, *de altero tanto. part.* 1. *art.* 3. *tom.* 1. *tractatuum*, p. 236. ac AVG. LEYSERVS, *ſpec.* 248. *med.* 2. a nobis deflectunt.

§. XXV.

Ex ſententia iuris ciuilis creditori licet ſtipulari ſibi ius embateuticum.

1) Secundum *L.* 12. *C. de pignor. actione* creditor ſaltem citra conuentionem; vel praeſidialem iuſſionem debiti cauſſa res debitoris auferre non poteſt ac per id haud obſcure traditur, ſolam conuentionem ſufficere, qua creditori id peragendi copia eſt facta. Negant 2) SEVERVS et ANTONINVS in *L.* 3. *C. de pignor.* eum vim facere, qui, pecunia ſibi non reddita, conuentionis legem, poſſeſſionem ingreſſi exercent. Tandem 3) DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS, L. 9. *C. ſolut. matr.* rem haud obſcure teſtatam faciunt, dum mariti heredibus conſentientibus, ſine auctoritate iudicis poſſeſſionem rerum dotalium ingrediendae viduae copiam faciunt; aliud vero adfirmatur ob *L. vlt. D. ad leg. Iul. de vi priu.* atque regulam illam, quod omnis vis in priuatis hominibus ſit contra bonos mores, *L.* 3. §. 1. *D. quod metus cauſſa.* Diſſentiunt HVGO DONELLVS ad *L.* 3. *C. de pignor.* REINH. BACHOVIVS, *ad Treutlerum vol.* 1. *diſp.* 12. *theſ.* 5. *D. de adquir. vel am. poſſ.*

num. 6 ac DAV. MEVIVS, *part.* v. *dec.* 352. ſed eam, quam nos adprobamus, ſententiam amplexus eſt accopioſius expoſuit CHRIST. WILDVOGEL, *diſp. de iure imbatentico*, Ienae cIↃIↃCCVII.

SVBSECTIO SECVNDA

DE DEPOSITO.

---

§. I.

DATVR depositum rei immobilis,

1) In iure ſolummodo res obiectum depoſiti dicitur, *L.* 1. §. 1. *D. depoſiti*; ſed ſub rerum nomine tam mobiles quam immobiles intelliguntur, *L.* 23. *D. de V. S.* 2) Quicquid alterius fidei et cuſtodiae mandari poteſt, illud eſt obiectum depoſiti, ſecundum *L.* 24. *D. depoſiti*; quis vero dubitabit; quo minus commendari poſſit res immobilis cuſtodiae? Videmus id non ſolum ex eo, quod praetor, ſi quemquam in poſſeſſionem bonorum mittit, ei eorum concedat cuſtodiam atque obſervationem; verum etiam ex *L.* 11. *D. de pericul. et commod. rei venditae.* 3) Sequeſtrum eſt depoſitum. Patet hoc a) ex eo, quod actionem depoſiti contra ſequeſtrum admittit *L.* 12. §. 2. *D. depoſiti.* b) Sequeſter dicitur in iure, apud quem plurium rem depoſuerunt, *L.* 110. *D. de V. S.* c) In ſequeſtro eſſe depoſitum, clare dicit *L.* 5. §. 1. et *L.* 17. *D. depoſiti.* Sed ſequeſtrum locum quoque habet in re immobili, vti patet in

c.

Digitized by Google

c. 1. *X. de sequestrat. L.* 110. *D. de V. S.* ac *L.* 5. *C. quor. adpell.* Dissentiunt quidam, quod res immobilis poni nequeat, *L.* 1. D. *depositi*, ac ob *L.* 5. §. 4. *D. de praescriptis verbis* atque in his sunt SAM. STRYCKIVS *de cautel. contract. cap.* III. *sect.* II. §. 6. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXI. *thes.* 35. *tom.* 1. p. 1402. Io. BRVNNEMANNVS, *ex. Iustin.* XVII. p. 150. HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *interesse controuers. in foro, cap.* 10. p. 226. ANDR. FLOR. RIVINVS, *iurisprud. polem. thes.* 190. p. 61. Io. GOTTL. HEINECCIVS., *elem. iur. ciuil. secund. institut. libr.* III. *tit.* XV. §. 813. p. 264. sed nobiscum faciunt Io. HENR. BERGERVS *resolut. leg. obstantium libr.* XVI. *tit.* III. *quaest.* 2. p. 265. CYPR. REGNER, *ad instit. disp.* XV. *thes.* 16. Io. HARPRECHTVS, *ad* §. 3. *I. quib. mod. re contr. obl. nr.* 14. GEORG. FRANZKIVS, *ad tit. D. depositi, num. b.* ALEX. ARN. PAGENSTECHER, *manip.* 1. *sicil.* 91. 92. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. loc. cit.*

§. II.

Depositarius ob impensas necessarias ius retentionis in deposito exercere potest.

1) Depositarius impensas necessarias petere potest, vti nemo negabit, contraria depositi actione; quod autem contrario iudicio repeti potest, ad id etiam per retentionem peruenire studemus, L. 18. §. *vlt. D. commodati* ac *L.* 15. §. 2. et *L.* 59. *D. de furtis.* 2) Ratio, cur retentionem ordinarie non admittere velit imperator, in suspicione et praesumtione perfidiae, ex ista oriunda, est ponenda; sed illa cessat, vbi necessariae impensae sunt factae et ob illas retinetur depositum. 3) Impensae necessariae quodammodo partem rei constituunt et tantum de re, in quam fiunt, detrahunt, quan-

quantum in eam impenſum eſt, *L.* 38. *D. de hered. petit.* hocque poſito, eo maiori iure ob illas locum habet retentio. Noſtras in partes diſceſſerunt Nic. Chr. Lynckervs, *de privil. depoſiti*, §. xxiii. Arnold. Vinnivs, *quaeſt. iuris libr.* 1. *cap.* 51. p. 260. Georg. Ad. Struvivs, *ex.* xxi. §. 44. Io. Schilterus, *ex.* xxviii. §. 60. Sam. Stryckivs, *vs. mod. tit. depoſiti* §. 9. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *tom.* ii. *med.* cvii. p. 293. quoniam autem *L.* 11. *C. depoſiti* prohibita eſſe videtur ac omnes fere exceptiones, contra reddition̄em depoſiti depoſitario denegatae; praeterea autem depoſitario ad repetendas impenſas actio conceſſa *L.* 2. *pr. D. depoſiti*; neque minus contractus hic ſolius deponentis vtilitatem reſpicit, aliam ſententiam amplexi ſunt Lvd. Mencke, *gymnaſ. polem. iuris*, *diſp.* vi. *theſ.* 24. p. 119. Bened. Carpzovivs, *deciſ. ill. part.* ii. *dec.* 141. *num.* 17. et 18. Hvgo Donellvs, *ad L.* 11. §. 9. *C. depoſiti.* Henr. Hahnivs, ad *Weſenbecium*, *tit. D. depoſiti*, §. 5. ac Wolfg. Ad. Lavterbachivs, *diſp. de retent. theſ.* 24.

§. III.

Etsi depositarius rem depositam rebus ſuis ſaluis amiſerit; ad reddendam tamen eius aestimationem non ſemper est obligatus.

Si res depoſita perit; circa eam tamen depoſitarius eamdem adhibuit diligentiam, quam in ſuis rebus adhibere ſolitus eſt, ad reſtitutionem rei depoſitae neceſſitate non eſt adſtrictus: poſitio, cuius veritatem diſcimus ex *L.* 32. *D. depoſiti.* Certum iam eſt, non poſſe ſemper ex eo, quod res depoſita verbi cauſſa furto fuerit abla-

ta,

tis; res depositarii autem ipsi relicta, concludi, quod maiori cautione rerum suarum rationem habuerit ideoque nec illo in casu indistincte in redditionem rei depositae est condemnandus; quibus autem aliud placet, prouocare solent potissimum ad *L.* 17. *pr. D. de iur. dot.* ac *L.* 22. §. 3. *D. ad SC. Treb.* ac *L.* 32. *D. depositi.* Memoranda hac de re est controuersia inter REINH. BACHOVIVM; *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* x. §. 6. et HENR. COCCEI, *disp. de dolo, culpae et negligentiae praestat. in quolibet negotio, disp.* 1. *prop.* 9. ac *disp.* 11. *assert.* 2. Vterque tam subtiliter disputauit hac de quaestione, vt AVG. LEYSERVS, *spec.* CLXXVI. *med.* 7. ingenue fateatur, se haud intelligere, quae ambo protulerint.

§. IV.

Ante definitum tempus depositarius a deposito recedere non potest.

1) Si tempus adiectum est, factum illud est deponentis caussa eamdemque ob caussam seruari quoque debet a depositario. Perspicimus id etiam 2) ex *L.* 17. §. 3. *D. commodati*, quumque secundum eam non pro lubitu licet commodanti, recedere a commodato ob commodatarium, cuius caussa commodatum constitutum esse constat, idem quoque statuendum est de depositario, propterea quod depositum potissimum in vtilitatem deponentis ineatur. Aliam sententiam ineunt PETR. COSTALIVS, ad *L.* 1. §. 43. *D. depositi* ac HIERON. TREVTLERVS, *vol.* 1. *disp.* XXVI. *thes.* 5. sed nostram defendunt: REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. h. l.* ARNOLD. VINNIVS, ad §. 3. *I. quib. mod. re contrahat.* WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *tit. depositi*, §. 1. nr. 9. ac NIC. CHRIST. LYNCKER, *de priuil. depositi*, §. 10.

§. V.

Depositum irregulare, siue deponens depositario sponte; siue rogatu eius facultatem, deposita re vtendi, dederit, manet depositum, quamdiu hanc facultatem deponens non exercuit.

Depositum eiusmodi naturam depositi haud amittere, antequam eo vsus fuerit deponens, probamus diuersis ex argumentis. Nam 1) vbi ita contrahitur depositum, ei solum pactum de re vtenda in continenti adiicitur; sed illud non mutat naturam contractus; nec efficit, vt alia inde descendat actio ob *L.* 7. §. 5. *D. de pact.* 2) Ex quo negotio actione depositi quisquam est conueniendus, illud sine dubio est depositum; sed ex hoc depositio irregulari actio depositi descendit, *L.* 25. et 26. §. 1. *D. depositi.* 3) Si deponens condicere velit pecuniam, hac ratione depositam, illam solum condicere solet, quasi mutuam, vt obseruant Nerua et Proculus, *L.* 9. §. 9. D. *de rebus creditis*; neque vero minime distinguendum esse, vtrum rogatu depositarii; an sponte deponens permiserit depositario, re deposita vti, abunde docet L. 1. §. 34. *D. depositi*, in qua legimus: *si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, vt si voluisses, vtereris, priusquam vtaris, depositi teneberis.* Statuimus quidem simul depositum haud manere, vbi re vti coepit depositarius; neque vero de eo amplius dubitari potest, si paullo intentius eadem legis huius ponderamus verba. Ita sentit Avg. Leyserus, *spec.* CLXXVI. *med.* 4. Sed ab hac sententia praesertim ob *L.* 10. D. *de R. C. L.* 1. §. 8. *D. depositi* ac L. 6. §. 7. *D. de nouat.* licet non vna ratione, discedunt: Georg. Ad. Struvius, *syntagm. iuris ciuilis, exerc.* XXI. *thes.* 36. Franc. Hot-

TOMAN

TOMANNVS, *libr.* IIII. *obſeruat. iur. cap.* 10. SAM. STRYCKIVS, *vſu modern. digeſt. libr.* XVI. *tit.* III. §. 2. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *loc. excitat.* et HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *intereſſe controuerſiar.* p. 227. cum aliis. Recentiori aetate litem ortam eſſe conſtat hoc de dicendi argumento inter DAN. NETTELBLADT, *diſſ. de depoſito irregulari*, Gryphiswaldae CIↃIↃCCL. et Io. LVD. IVL. DEDEKIND, *comm. de contractu, quem irregulare depoſitum perhibuerunt, qui vero non eſt depoſitum, vel in alium contractum degenerat, vna cum cenſura peculiari errorum, qui circa hanc materiam nouiter ſuborti*, Guelpherbyti CIↃIↃCCLIII.

§. VI.

Vſurae a depositario, qui moram non committit, in deposito irregulari tacito non praestantur.

1) Vbi non adeſt promiſſio vſurarum, deficiente mora, nec adſunt vſurae; iſtam autem cogitare non poſſumus in depoſito irregulari. 2) IVLIVS PAVLLVS ſolum, vſuras ex depoſito irregulari ſolum, vti in aliis contractibus bonae fidei praeſtandas eſſe, ſcribit *L.* 29. §. 1. *D. depoſiti;* illae autem in aliis debentur ſolum vel ex conuentione; vel ex mora. Quum denique 3) *L.* 25. *D. depoſiti* depoſitarium ſaltem, poſt moram vſuras praeſtare debere ſcribit, aliis in caſibus indiſtincte eas excludit. Aliud ſtatuunt aduerſarii ob *L.* 3. 28. et 29. §. 1. *D. depoſiti* ac *L.* 4. *C. depoſiti*, DIONYS. GOTHOFREDVS, ad *L.* 28. *D. depoſiti* ac CASP. ACHAT. BECKIVS, *diſſ. de vſuris, ex depoſito praeſtandis*, Ienae CIↃIↃCCXXII. ſed nobiscum conſentiunt Io. HENR. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtant.* p. 270. GEORG. AD.

STRVVIVS, *decis. Sabbathinis, cap.* VI. *decis.* 19. ac LVD. MENCKE, *gymnas. polem. iuris, disp.* VI. *thes.* 23. p. 119.

SVBSECTIO TERTIA
DE
COMMODATO.

§. I.

Si euenit, vt commodans damnum faceret, quod praeuidere non possit; nisi ipsi res commodata restituatur, etiam ante finitum vsum res commodata reuocari potest.

Quodlibet pactum tamdiu saltim durat, quamdiu circumstantiae, sub quibus illud est initum, non sunt mutatae. Quod locatori licitum, id multo maiori iure sibi adrogare potest commodans, propterea quod hic gratis rei vsum alteri concedit; locator autem eo in casu ante lapsum temporis a locatione conductione resilire potest, *L. 3. C. de locat. et conduct.* Ita probatur nostra propositio; quibus autem contrariam adoptant sententiam partim ad latis nota praecepta iuris ciuilis, quae reuocationem rei commodatae non; nisi finito concedunt vsu; partim ad differentiam prouocant, quae est inter commodatum ac precarium. Plerique quidem cum GEORG. AD. STRVVIO, *decis. Sabbathin. cap.* V. *dec.* I. ac SAM. STRYCKIO, *vs. mod. pandect. libr.* XLII. *tit.* VI. §. 1. idem statuunt; sed ab his tamen alienus est DIOD. TVLDENVS, *ad cod. tit. commodati. num.* 1.

§. II.

Digitized by Google

§. II.

Ita commodatarius ad omnem praestandam diligentiam est obligatus, vt, si potest, rem commodatam suae praeferre debeat.

Claro hoc iubet VLPIANVS. L. 5. §. 4. *D. commodati: proinde et si incendio; vel ruina aliquid contigit, vel aliquod damnum fatale, non tenebitur: nisi forte, quum possit res commodatas saluas facere, suas praetulit.* Nihilominus litigarunt hac de re prudentes, quum aduersariae sententiae fautores prouocant ad *L.* 6. *C. de serv. et aqua* atque ad illum casum, vbi res commodatarii maioris sunt pretii; quam illae, qui ipli sunt commodatae, vti colligendum est ex iis, quae hanc in rem proferunt HENR. HAHNIVS, *ad Wesenbec. h. t. num.* 7. Io. SCHILTERVS, *exercit.* XXV. §. 12. *L.* SAM. PVFENDORFIVS, *de iure nat. et gent. libr.* V. *cap.* IIII. §. 6. et SAM. STRYCKIVS, *libr.* XIII. *vsus mod. tit.* VI. §. 19.

§. III.

Si commodatarius in mora est atque apud eum res commodata perit, eius aestimationem commodanti prius haud praestare debet; quam si certum est, illum haud periisse penes commodantem, si res ipsi iusto tempore esset restituta.

r) Patet hoc ex *L.* 14. §. *fin. D. depositi*, vbi CAIVS sententiam Sabinianorum iurisconsultorum, videlicet Sabini aeque ac Cassii, confirmat, aequum esse, naturalem interitum ad actorem pertinere, vtique, quum in-

teritura esset res, etsi restituta esset actori.*) 2) Creditor nec potest; nec debet amplius quid a debitore exigere; quam habiturus fuisset, si res ei restituta esset 3) Si per moram debitoris damnum creditori haud est datum, nec eo nomine potest conuenire debitorem; illud autem damnum cogitari non potest, vbi res apud creditorem eodem interiisset modo. Tandem 4) idem haud obscure significat VLPIANVS, quum *L.* 47. §. *fin. D. de leg.* 1. tradit, aestimationem fundi haud deberi chasmate, si non is, qui illum restituere deberet, per moram impediuerit; quo minus antequam hoc euenerit, vendere potuerit legatarius, hocque modo simul concedit, cessare penitus actionem, licet mora locum habuerit, vbi talis venditio non iniri potuerit. Haec sunt argumenta nostra; aduersarii vero sequentibus vtuntur, quod debitor rei indistincte debeat eam, si dolo aut facto

*) Ii quidem, qui controuersias inter Sabinianos ac Proculeianos quondam agitatas exposuerunt, nimirum EDM. MERILLIVS ac GOTTFR. MASCOVIVS haud mentionem faciunt litis cuiusdam super obligatione depositarii, ob moram casum rei depositae ferendi; non sine tamen ratione animaduertit CAIVS sententiam, quam hac de re profert *L.* 14. §. 1. *D. depositi* eam esse, quae placuit Sabino et Cassio. Licet ipse, vti cuilibet constat, erciscundus fuerit; saepe tamen Cassianorum sententiam ei praeferebat, quam fouent Proculeiani, quumque vterque, Cassius pariter ac Sabinus, Capitonis castra sequerentur eiusque secta ab altera in eo potissimum sese distingueret, quod benigniorem humanitatis sententiam tuerentur atque inprimis aequitati naturali studerent, obseruante CHRIST. HENR. ECKHARDO, *hermeneut. iur. libr.* 2. *cap.* IIII. §. 157. p. 293. atque huic inprimis conueniret, quod hoc loco traditur de naturali interitu ad actorem pertinente: extra omnem dubitationem est positum, non minus hoc Sabinianorum praeceptum ad controuersiam quamdam eorum cum Proculeianis sese referre, qua illud contra ipsos defenderent.

Digitized by Google

cto illius res debita interierit; aut hominem debitum occiderit: quod 2) *L.* 25. *§.* 3. *D. ſolut. matrim.* virum omnimodo ad praeſtandum detrimentum declaret obligatum, ſi poſt diuortium res dotales deteriores factae ſint ac vir in reddenda dote moram fecerit, ac tandem 3) is, qui metu; aut vi aliquid extorſit; vel occupauit aut furto abſtulit, non liberetur, ſi res ita ablata perierit, etſi apud dominium; vel eum, cui ablata eſt, periiſſet, *L.* 46. *pr. D. de furtis, L. pen. D. de vi et vi armata L.* 8. *§. fin. D. de condict. furtiua.* Inter aduerſarios numerandus eſt ANTON. FABER *error. pragmat. dec.* XVIII. *err.* 10. ſed nobiscum conſentit HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *reſolut. iuris ciuil. libr.* III. *tract.* III. *part.* III. *quaeſt.* 1. p. 750. ſqq.

§. IV.

Si quis pluribus rem ita commodauit, vt quilibet eorum in ſolidum ſeſe obligaret ad rei commodatae reſtitutionem aeque ac damna reſarcienda, contra singulos quoque actio commodati in ſolidum competit.

Vbi correalis locum habet obligatio, ibi ſine dubio a creditore quilibet correorum in ſolidum conueniri poteſt; talem vero correalem obligationem obtinere poſſe in commodato, conſtat ex *L. 9. pr. D. de duob. reis.* 2) Loquitur quidem *L.* 13. *C. de locato et conducto* de locatione conductione ac permittit vnum conductorem in ſolidum conuenire, re pluribus in ſolidum locata; verum hoc loco merito argumentari licet a locatione ad commodatum. Opponuntur huic ſententiae duae leges, videlicet *L.* 5. *§.* 7. *D. commodati* ac *L.* 22. *D. depoſiti* ab aduerſariis, in quibus quoque BARTOLVS *ad L.* 6.

§. *fin. D. commodati* ac BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XXVI. *def.* 14. locum ſibi vindicare videntur: ego vero iam trado, quod quoque placuit Io. BRVNNEMANNO ad *L.* 5. §. *fin. D. commodati* ac LVD. MENCKIO in *gymnaſio polemico iuris*, *diſp.* V. *theſ.* XIII. p. 102.

§. V.

Licet commodans rem commodatam receperit; conuenire tamen potest commodatarium ob damna ipsi in illa illata.

1) Renunciatio non praeſumitur ideoque ea in commodante haud adſumi poteſt intuitu iuris, ipſi ob damnum rei commodatae illatum competentis, ſi quoque illam iam receperit. Quam diu 2) res commodata abeſt, tamdiu conueniri poteſt commodatarius, vt obligationi ſuae, ex commodato oriundae ſatisfaciat: abeſſe vero videtur, ſi res quidem reſtituta; haud tamen illud hoc modo factum, vti erat reſtituenda, ſecundum *L.* 14. *D. de V. S.* Opponitur huic ſententiae inprimis *L. fin. D. de eo, quod certo loco* atque aduerſariorum in cenſum ſcribere debemus PETR. COSTALIVM ad *L.* 37. *de dolo malo* Io. IAC. WISSENBACHIVM ad *dig. part.* I. *diſp.* 17. *theſ.* 13. ſed noſtrae ſententiae fauent GEORG. AD. STRVVIVS, *decis. Sabbathinis*, *cap.* VI. *deciſ.* 6. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. polem. diſp.* V. *theſ.* IX. p. 103.

§. VI.

Commodatum excludit compenſationem.

1) Ea eſt commodati natura, vt commodatarius commodanti rem commodatam in eadem ſpecie reſtituere debeat;

Digitized by Google

beat; ſpecies autem cum alia ſpecie compenſari nequit. 2) prohibet *L. vlt. C. de commodato*; *) quominus commodatarius reſtitutionem commodati ſub praetextu commodati recuſet; qui vero contrariam amplectuntur ſententiam, prouocant ad *§. 30. I. de actionibus* ac *L. vlt. C. de compenſat.* quumque in duabus his legibus exceptio compenſationis in omnibus admittitur actionibus et ſolum actio depoſiti excipitur, eam non minus licitam eſſe ſtatuunt in actione commodati. Eadem ratione ſupponunt, a retentione valere conſequentiam ad compenſationem et quoniam iſta permiſſa eſt *L. 15. §. 2.* ac *L. 59. D. de furtis*, idem quoque ſtatuendum eſſe putant de compenſationibus. IAC. CVIACIVS, *libr. IX. obſ.* 37. ac HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *reſolut. iur. libr.* VI. *tract.* III. *part.* 3. *quaeſt.* 4. ita ſentiunt; ſed noſtra ſententia inuenit fautores in BEN. CARPZOVIO, *part. 2. conſt.* VIII. *def.* 32. HENR. HAHNIO ad *Weſenbec.*

*) Non poſſum; quin hoc loco controuerſiae quoque cuiusdam criticae mentionem faciam, quae locum habuit inter duumuiros magni nominis, videlicet IAC. CVIACIVM et GVIL. FORNERIVM. Quoniam ſola actio depoſiti compenſationem excludit hocque PAVLLVS *ſententiar. receptar. libr.* II. *tit.* XIII. *§.* 12. animaduertit: IAC. CVIACIVS, *ad hunc loc.* notat, eos, quibus a Iuſtiniano cura conficiendi codicem Iuſtinianeum eſt demandata, perperam in *L. vlt. C. commodat.* legiſſe *commodati* ac coniicit, ſubſtituendum potius eſſe *commendati.* Denuo profert coniecturam ſuam *libr.* IX. *obſeruat. cap.* 37. ac ſolum addit, vitium hoc irrepſiſſe in hanc legem; antequam in codicem Iuſtinianeum ſit translata eamdemque ob cauſſam eueniſſe, vt ipſi locus in *tit. de commodato* aſſignaretur, qui ei in *tit. depoſiti* competeret. Sed aliter ſentit GVIL. FORNERIVS, *libr.* II. *ſelect. cap.* 14. *tom.* II. *theſ. iuris Rom.* Ev. OTTONIS p. 62. ac CVIACII ſententiam haud leuiter perſtrinxit; neque cum hoc facit ANTON. SCHVLTINGIVS ad *Paull. loc. memorat.*

tit. de compenſat. nr. 10. Io. HARPRECHTO ad *tit. inſt. quib. mod. re contrahat. obligatio*, *nr.* 51. OSWALD. HILLIGER in *Donell. enucleat. libr.* XVI. *cap.* 15. *tit.* 10. EVER. BRONCHORSTIO, *cent.* II. *aff.* 42. atque auctoribus *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *tom.* I. p. 272.

SVBSECTIO QVARTA
DE
CONTRACTV PIGNERATITIO.

§. I.

Si contractu pigneratitio celebrato res oppignerata perit, repetit creditor ſortem cum vſuris, etsi quoque culpam admiſerit leuiſſimam.

Concludimus illud ex eo, quod media tantum diligentia a creditore ſit praeſtanda ex L. 14. *D. de pignerat. actione*; reuera tamen leuiſſima praeſtanda ſit, ſi eo in caſu ſorte priuare vellemus creditorem. Ita ſentit Io. HENR. BERGERVS, *part.* I. *reſponſ.* 75. ab eo autem et quidem, quod cuilibet factum ſuum; minime vero aduerſario ſuo nocere debeat, ſecundum *L.* 153. *pr. D. de reg. iur.* ac §. 4. *I. quibus mod. re contrahat. obl.* creditori tunc ſaltem, quum aliquo fortuito caſu rem amiſit, creditum petere permittatur, diſcedit AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CLV. *corrol.* I.

§. II.

§. II.

Eo pacto iniri potest contractus pigneratitius, vt creditori, si debitor stato die non soluit, pignus certo pretio, quod ab initio constitutum fuit, emtum sit.

Emtionem venditionem sub conditione iniri posse, extra dubitationem est positum; in illa vero cessant rationes, ob quas pacta commissoria talibus contractibus accessoriis adiicere fit vetitum. Aduersatur ob hanc prohibitionem pactorum commissoriorum VLRIC. HVBERVS *praelect. iuris ciuil. tit. D. de pign.* §. 15. sed refutatur hoc nomine a CHRIST. THOMASIO. *schol. ad Huber. loco memorato* ac AVG. LEYSERO, *spec.* CLVIII. *corrol.* I. *tom.* III. p. 171.

§. III.

Datur pactum antichreticum tacitum.

Si creditori meo trado fundum, ipsi oppigneratum, aut de fructibus, ea ex re percipiendis, cum illo conuentionem ineo; aut illorum mentionem haud facio. Hoc si accidit, ex fructibus creditor tantum sibi adquirit, quantum loco vsurarum petere potuit. Non negari id potest, quum PAVLLVS *L.* 8. *D. in quibus causs. pignus tacite contrah.* de casu, quo debitor gratuita pecunia vtitur, loquitur. Negandi quidem particulam his in verbis deficere, persuasum habet FRANC. HOTTOMANNVS, *libr.* I. *obs.* 4. sed recte hac in re reprehensus est a IAC. CVIACIO, *libr.* VIII. *obseruat. cap.* 17. p. 239. DION. GOTHOFREDO, *not. ad L.* 8. *D. in quibus caussis pignus; vel. hyp.* Io. ROBERTO, *libr.* I. *receptar.*

Digitized by Google

ceptar. sent. cap. 14. et SIGISM. REICH. IAVCHIO, *meditat. de negat. pandect. Florentinar. cap.* XIV. p. 266. Eiusmodi debitor creditori permittit, de fructibus rei ipsi pigneratae vsuras ad modum legitimum retinere; illud autem statuere haud potuit; nisi existimaret, debitorem creditori, cui vsuras expresse haud promisit, eas ex fructibus tacite adsignare et dari ideo tacitam *ἀντιχρεσιν.* Aliud censent FRANC. HOTTOMANNVS, *loc. cit.* et omnes ii, qui illius fauent emendationi; neque minus ARNOLD. VINNIVS *libr.* II. *select. quaest. cap.* 7. et DIETR. HERM. KEMMERICH, *de credit. antichretico, rationes non reddente*, Ienae, CIↃIↃXXXIII. §. *vlt.* et quidem partim ob memoratam legem, quatenus negandi deletur ibi particula; partim ob *L.* 4. et 11. *C. de vsuris*; sed nostram tuentur sententiam IAC. CVIACIVS, *libr.* VIII. *obs. cap.* 17. VLRIC. HVBERVS, *eunom. Romana*, ad *L.* 8. *D. in quib. causs. pign.* p. 736. LVD. MENCKE *in gymnas. polem. iuris, disp.* V. *thes.* 16. p. 204. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XIII. *tit.* 7. §. 9. *tom.* 1. p. 921. ERN. CHRIST. WESTPHAL, *in dem Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrecht*, §. 67. p. 126. ac SAM. REINH. WEBER, *tract. de pacto antichretico*, Gotting. CIↃIↃCCLXXII.

§. IV.

Si antichreticum pactum expressum est adiectum, rationum redditionem petere nequit a creditore debitor; nisi probatum fuerit, vsurariam sub eo latere prauitatem.

Certum est atque ex legibus constat, licitum esse pactum, quo quis cum debitore suo conuenit, vt ipsi cedant

Digitized by Google

dant loco vſurarum fructus rei oppignoratae, licet fructus hi vſurarum modum excedant, ſiquidem ALEXANDER clare tradit, facta tali conuentione, non illicitum foenus contractum eſſe videri; ſed vilius conductam habitationem, licet vberiore forte potuerit contrahi locatio *L.* 14. *C. de vſuris* ac PHILIPPVS *L.* 17. *C. de vſuris* reſcindi placita, negat, *obtentu maioris percepti emolumenti, propter incertum fructuum prouentum.* Quae quum ita ſint, hac in re haud diſtinguimus, num ſint incerti; an certi fructus: num ſit modicus; an immodicus vſurarum exceſſus et potius ex eo argumentamur, creditorem ad reddendas vſuras obligatum non eſſe; niſi vſuraria ſimul prauitas latuerit; illud autem haud poteſt praeſumi; ſed merito probandum eſt. Diſſentiunt itaque a nobis 1) ii, qui partim ob *L.* 5. *C. de edendo*, partim ob obligationem edendi inuentarium; vel iuratam ſpecificationem ei iure impoſitam, qui querela inofficioſi vel actione conuenitur ſuppletoria a que ob difficultatem illius probationis, quae locum habet, ſi haud reddantur rationes, redditionem earum creditori; etſi vſuraria eius prauitas haud ſit probata, mox in omnibus pactis antichreticis; mox in quibusdam imponunt, videlicet GERH. NOODTIVS, *libr.* II. *de foen. et vſuris cap.* 9. SAM. STRYCKIVS, *vſu moderno dig. libr.* XIII. *tit.* VII. §. 3. Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iur. libr.* III. *tit.* II. §. 15. Io. BALTH. DE WERNHER, *part.* VII. *obſ. for.* 415. ac GOTTER. LVDOV. MENCKENIVS, in *diſſ. nullum exceſſum vſurarum in pacto antichretico eſſe tolerandum*, Vitembergae, CIↃIↃCCXLV. cum aliis; neque vero minus 2) noſtra à ſententia deflectunt, qui ob *L.* II. §. 1. *D. de pign. et hypoth.* ac *L.* 14. *C. de vſur.* ſine diſtinctione creditorem a redditione rationum immunem eſſe putant cum DIET. HERM.

KEH-

KEMMERICH, *loco memorato.* Sed nobiscum conſpirant AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CLVII. *med.* 1. ac Io. FRID. EISENHARTVS, *diſſ. rationem computationis fructuum ex pacto antichretico perceptorum in foro receptam nec iuri, nec aequitati conuenire ſiſtente*, in eius *opuſculis*, p. 310. Conferas HENR. BROCKES, *de antichreſi quatenus eſt vſurar. prau. inuolucrum cautelis eliminanda*, Viteb. cIↃIↃCCXXXIV.

§. V.

Pactum commiſſorium, contractu pigneratitio adiectum, haud valet, siue sit adiectum ei in continenti; siue post certum temporis internallum.

Duas propoſitiones theſis haec in ſe continet. Quum prior, quod ſcilicet pactum commiſſorium contractui pigneratitio in continenti adiectum, haud valeat, a nemine profecto adhuc in dubium eſt vocata ac clare conſtat ex *L. fin. C. de pact. pign.* eam iam miſſam facio: neque vero minus recte ſeſe habeat propoſitio poſterior. Concludimus illam ex eo, quod eadem tunc ſit legis ratio ac ſi pactum hoc a creditore cum debitore ab initio initum irritum eſt, merito quoque illud damnari debeat ex interuallo: reuera quoque creditor ſecundum illud quidquam accipit praeter ſortem: hoc ſemper ex cauſſa deſcendit mutui ac reuera vſurariam quamdam conficere videatur pranitatem. Praeterea certum eſt atque expeditum, iurisconſultum haud diſtinguere debere, vbi lex non diſtinguat. Hoc haud fit in lege ſupra adlegata ideoque eam quoque merito adplicamus ad pactum commiſſorium ex interuallo adiectum. Qui illud defendunt, potiſſimum id faciunt, quod libertatem conſenſus in pactum com-

Digitized by Google

commiſſorium obtinere putant, ſi adiiciatur poſt interuallum ideoque debitorem ipſum ſibi imputare debere putant, ſi adiiciatur poſt interuallum, quod tale pactum inierit ac ſimul ex *L.* 34 *D. de pignor. act.* ac *L.* 45. *D. de ſolut.* quidquam deduci poſſe credunt, quod ad fulciendam ipſorum faciat ſententiam. BARTOLVS ad *L. fin. C. de diſtract. pignor.* ac HELFR. VLRIC. HVNNIVS *reſolut. var. iuris ciuil. libr.* III. *tract.* VII. *part.* I. *quaeſt.* VI. ita ſentiunt; ſed noſtram ſententiam iam dudum amplexi ſunt REINH. BACHOVIVS ad *Treutler. vol.* II. *diſp.* I. *theſ.* 6. *litt.* ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. uris polem. diſp.* V. *theſ.* XII. p. 105.

§. VI.

In contractu pigneratitio culpa leuis est praestanda.

Si contractus ita eſt comparatus, vt commodum ad vtrumque redundet ex eo, culpa leuis eſt praeſtanda; ſed illud de pigneratitio contractu ſtatuendum eſt. Idem quoque liquet ex §. 4. *I. quibus modis re contrahatur obligatio;* aliud autem demonſtrare ſtudent aduerſarii ex *L.* 13. §. 1. *D. de pigneratit. act.* *) quum ibi commodatum

*) Lex haec in memoriam mihi reuocat controuerſiam, omnino hoc loco memorandam. Quoniam in *L.* 13. §. 1. *D. de actione pigneratitia* actio pigneratitia in culpae praeſtatione, quae per iſtam exigitur, comparari videtur cum actione commodati; ea tamen eſt inter vtramque actionem differentia, vt commodatarius culpam praeſtet leuiſſimam; in contractu vero pigneratitium ob commodum, quod in vtramque partem ex eadem redundat, culpa tantum leuis praeſtanda eſt, memorata lex iam antiquioribus iuris interpretibus; ſiue gloſſatoribus cru-

cem

datum cum pignore in culpae praeſtatione comparetur ac conſtat, leuiſſimam culpam in commodato eſſe praeſtandam; neque minus praeter diligentiam in pignore cuſtodiam requirit ac ſolum vis maioris rationem habendam eſſe negatur. Quum poſterius etiam traditur in §. 1. *I. quibus mod. re contrahat. obl.* etiam ad hunc locum iidem ſeſe referunt atque in his ſunt CHR. LVD. CRELLIVS de *cuſtodia et periculo pignoris*, Vitembergae, cIↃIↃCCXXXIII. ac GEORG. SAM. MADIHN in *comment. creditorem in pignore media diligentia non ſemper liberari* ad L. 13. §. 1. *D. de pignor. act.* Halae, cIↃIↃCCLXIV. ſed nobiscum conſentiunt SAM. DE COCCEII, *inſt. controu. libr.* XIII. *tit.* VII. *quaeſt.* XVIII. p. 726. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* 155. *cor.* 1.

§. VII.

cem figit; ſequenti vero tempore quidam ſurrexerunt, qui corruptum hunc locum eſſe arbitrarentur ac in locum *et* ſubſtituerent *at*, vt per illam particulam pignus potius opponatur commodato. Primus, qui ita corrigendam cenſeret hanc legem, fuit Io. NEELLIVS, qui *diſſ. feud. libr.* III. §. *vlt. ad tit.* 1. coniecturam ſuam praeferret. Ea quidem GERH. NOODTIO penitus fuit incognita; ſed non minus idem ſuſpicatus eſt *libr.* I. *probabil. cap.* 4. Refutabat illum CHRISTFR. WAECHTLERVS in *not. ad probabil.* eius in *opuſculis*, p. 202. et licet NOODTIVS contra eius tela ſe defenderet, *libr.* IV. *probabil. cap.* 3. neque minus alius iurisconſultus, qui nomen ſuum latere voluit, pluribus argumentis NOODTII ſententiam propugnaret, ABRAH. WIELINGIVS ſatis acute oſtendit, locum hunc haud indigere medicina NOODTII, *lect. iuris ciuil. libr.* I. *cap.* 7. p. 24. Inuenit quidem huius coniectura nouum fautorem in CHRIST. HENR. ECKHARDO, *hermeneut. iuris*, *libr.* I. *cap.* II. §. LXXVI. ſed hac in re in *not. ad Eckhardum* p. 86. huius in ſententiam haud diſcesſi ac pluribus argumentis monſtraui, nihil VLPIANVM tradere, quod principiis iuris repugnet ideoque eius verba potius corrumpi, ſi vnicam eorum litteram in aliam mutare vellemus.

Digitized by Goog

§. VI.

Ius reluendi pignus exerceri potest, licet illud per tempus, ad praescriptionem alioquin necessarium in manibus creditoris fuerit.

1) Si creditor reluitionem haud vrget, ea ita ab arbitrio debitoris pendet, vt res sit merae facultatis; istarum autem rerum non datur praescriptio, *L.* 2. *D. de via publica et itinere publ.* 2) Certum deinde atque expeditum est, contra actionem pigneratitiam directam praescriptionem currere haud aliter incipere; quam si sit soluta pecunia. Quamdiu enim actio non existit, tamdiu contra illam currere haud potest praescriptio; ista vero actio haud prius existit; quam si solutum sit debitum. Sed de eo haud dubitare debemus, si rationem contractus pignoratitii consideramus ac perpendimus, debitorem rem pignoratam semper ideo tradere solere, vt, donec creditori satisfactum fuerit, penes illum maneat ac cum his coniungimus *L.* 9. §. 3. *D. de pignerat. act.* qua claris verbis dicitur, pigneratitiam actionem prius haud nasci; quam si sit soluta pecunia; aut alio nomine creditori satisfactum. Quodsi vero haec extra dubium posita sunt, nunquam ius reluendi pignus praescriptioni erit subiectum, quoniam illud semper supponit, solutionem nondum esse factam atque per illam demum fieri potest. Quam adoptauimus sententiam, ea defenditur a multis iurisconsultorum, videlicet ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obs.* 18. IOACH. MYNSINGERO, *libr.* I. *obs.* 16. MATTH. BERLICHIO, *part.* II. *concluf.* 2, *num.* 12. ANDR. FACHINAEO, *libr.* II. *controu.* 28. HIER. TREVTLERO *vol. disp.* XXIV. *thes.* 10. DAVID. MEVIO, *ad ius Lubecenf. libr.* III. *tit.* 1. *art.* 4. *nr.* 3. FAID. ES. PVFENDORFIO, *obs. iuris vniuerfi, tom.* II.

p. 380. ac *tom.* IV. p. 314. PETR. DE TOVLLIEV, in *collectan.* p. 106. et Io. LVD. SCHMIDIO, *diſſ. de praeſcript. actionis pignerat. directae*, ſub auſpiciis Io. CASP. HEIMBVRGII Ienae, cIↃIↃCCLVI. edita atque eius in *opuſcula, de praeſcriptione praeſertim circa pignus. ſecundum omne ius, quo in Germania vtimur, conſiderata*, p. 87. translata; ſed aliud ſtatuunt, propterea quod ſecundum *L.* 3. et 4. *C. de praeſcr.* 30. et 40. *annor.* ac *L.* 1. §. 2. *C. de annal. except.* omnis actio omneue ius, ſiue ſit priuatum; ſiue ſit publicum, triginta et ad ſummum quadraginta annorum ſpatio excludantur ac in eiusmodi iurium cenſum cadat quoque ius debitum offerendi ac tuendi pignus: ius creditoris aduerſus debitorem aeque ac tertium extraneum poſſeſſionem pignoris; neque minus ius primi creditoris aduerſus ſecundum longiſſimi temporis praeſcriptione tollatur *L.* 7. *pr.* §. 2. et 3. *C. de praeſcr.* 30. vel 40. *annor.* ius illud ex obligatione deſtendat, quam debitor in iudicium deducere poſſit ideoque inter res meae facultatis numerari nequeat: pignus acceſſorium ſit mutui quumque ei praeſcribatur intra triginta annorum ſpatium, idem quoque adfirmandum ſit de pignore ac vel minimum iura pacto; vel contractu nobis quaeſita ab eo tempore, quo ſunt nata, praeſcriptioni ſunt ſubiecta ac de iure reluendi ſupponatur, illud ab eo momento eſſe natum, quo contractus pigneratitius ſit initus, ARNOLD. VINNIVS, *libr.* II. *quaeſt. ſelect. cap.* 6. PETR. COSTALIVS ad *L.* 19. *D qui pot. in pignore*: SAM. COCCEII, *libr.* XIII. *inſt. contron. tit.* VII. *quaeſt.* 19. GVIL. HIERON. BRVCKNERVS, *diſſ. de praeſcript. pignor. vel hypothecarum*, Ienae, cIↃIↃCCXIX. GOTTL. STVRMIVS, *diſſ. de praeſcriptione reluitionis pignorum*, Vitemb. ann. cIↃIↃCCXXVIII. ac HERR. GOTTL. FR. BAVERVS, *diſſ. de iure reluendi pignoris*

gnoris, an tempore longissimo praescribatur, Lipsiae, CIↃIↃCCLXII. quibus addas Io. FRID. LA CORN, *diss. de pignor. actione directa eiusque praescript.* Argent. CIↃIↃCLXXXIV.

MEMBRVM SECVNDVM
DE
CONTRACTIBVS VERBALIBVS.

SVBSECTIO PRIMA
DE
STIPVLATIONIBVS GENERATIM SPECTATIS.

---

§. 1.

Stipulatio non est contractus accessorius; sed per se subsistit, licet non adsit obligatio, cui iste accessit.

Si 1) stipulatio esset solum contractus accessorius, ab obligatione, cui illa accedit, ita penderet, vt ea si deficeret, ipsa quoque stipulatio irrita esset; verum POMPONIVS, *L.* 21. *D. de V. O.* testatur, quemquam dotis nomine stipulari centum, licet nullam dotem dederit, nec minus quemquam, qui solum centum deberet, ducenta valide dotis nomine promittere posse.

Eadem 2) ratione, IAVOLENVS eum obligatum esse ad dotem soluendam testatur, qui eam alteri tantum stipulanti promiserit. L. 108. *D. de V. O.* Vbi 3) stipulatio caussa adquisitionis est, non potest solum contractum constituere accessorium; verumenimuero priuś constat ex *L.* 10. §. 1. *D. de R. D.* ii autem quibus aliud placet, potissimum ad *L.* 1. §. 4. *D. de stipul. praetor.* ac nomen *cautionis*, quo stipulationes designantur in *L.* 40. *D. de reb. cred.* ac *L.* 121. *D. de verb. obl.* immo originem vocabuli *stipulatio* prouocant. Aliud existimant: HIERON. TREVTLERVS, *vol.* II. *disp.* XXVII. *thes.* 1. *litt.* a. REINH. BACHOVIVS, *ad Treutlerum, vol.* II. *part.* II. *disp.* XXVII. p. 790. ANT. GOMEZ, *libr.* II. *variar. resolut. cap.* 5. ANT. GOVEANVS, *libr.* I. *var. lection. cap.* 34. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controuers. libr.* XLV. *tit.* 1. p. 558. sed nostra sententia in GEORG. AD. STRVVIO, *ex.* XLVII. *tit.* 1. §. 4. ac IO. GOEDDAEO, *de contrahenda et comm. stipul. cap.* III. *concluf.* 5. suos inuenit fautores.

§. II.

Qui factum promisit, praestatione eius, quod interest, obligationi haud satisfacit.

Qui loco facti id saltim, quod interest, praestare vult, aliud pro alio obtrudit creditori; illud autem debitori haud licet ex sententia *L.* 2. *D. de R. C.* Si quis 2) ad factum vel lege immediate est obligatus; vel quasi contractu, hereditatis videlicet aditione, illud adcurate praestare debet, vti constat ex *L.* 11. §. 25. *D. de legatis et fideicommissis* 3. ac *L.* 28. *D. de donation.* cur quaeso idem locum non haberet in ea obligatione faciendi, quam quis in se suscepit? Qui aliud putant, prouo-

prouocant partim ad id, quod coactio fieri non possit ad factum; nisi vi, hocque legibus Romanis sit prohibitum, *L.* 71. §. 2. *D. de conait. et demonstrat. L.* 2. *D. de hom. libero exhibendo*, *L.* 1. §. 5. *D. quar. rer. actio non dat*, ac *L.* 13. §. 1. *D. de re iudic.* nec minus ad alias leges ac imprimis L. 68. 81. 112. §. *fin. D. de verbor. obl.* FRANC. DVARENVS, *ad L.* 72. *D. de V. O.* HVGO DONELLVS, *ad eamd. leg.* GEORG. AD. STRVVIVS, *exercitat.* XXXXVII. *thes.* 22. *tom.* III. p. 564. atque alii; sed nobiscum conueniunt: BEN. CARPZOVIVS, in *proc. tit.* XVI. §. 4. CHRIST. PHIL. RICHTER, *decis.* 9. 7. *num.* 7. atque alii. Argumentum hoc copiosius expossuerunt: BVRCARD. BARDILI, *de faciendi obligat.* Tubingae, cIↃ IↃCLXXXII. Io NIC. HERTIVS, *diss. de obligat. alicui daturum facturumue*, Giess. cIↃ IↃCLXXXXII. ac FRID. GERDESIVS, *de obligat. faciendi*, Gryphiswr. cIↃ IↃLXXXXIV.

§. III.

Quum ex sententia iuris Romani alteri stipulari possum, vbi mea id interest, necesse est, vt mea tempore stipulationis interfit, alteri, quod stipulor, promitti.

1) Clare hoc testantur verba imperatoris, quibus §. 20. *I. de stipulat.* scribit: *sed et si quibus stipuletur alii, quum eius interesset, placuit stipulationem valere.* Loquitur hoc loco de tempore praeterito et respicit itaque tantum tempus stipulationis: quo vero, quaeso, posito, id de alio intelligere possumus, dum exceptionem regulae potissimum his verbis tradit, omni tempore stricte interpretandam? Deinde 2) ex *L.* 78. *D. de V. O.* discimus, respiciendum semper esse ad tempus stipu-

lationis factae, ſi eius naturam diiudicare velimus; illud autem haud fieri, ſi ſtipulationem alii factam velleмus firmam habere, vbi aliquando demum interſit ſtipulantis, alteri, quod ipſi ſit ſtipulatus, dari. Aliud placet, reuera tamen ſine argumentis ac ſolum, quod ſententia ſit, quae plures inuenit fautores, OSWALD. HILLIGERO, in *Donello enucleato*, *libr.* XII. *cap.* 18. Io. PHILLIPPI, *vſ. pract. libr.* III. *eclog.* 57. CASP. MANZIO, *ad §.* 19. *I. de inutil. ſtipul.* et PETR. MVLLERO, *ad Struu. exercitat.* XXXXVII, *theſ.* 6. *tom.* III. p. 548. Sed praeter eos legendi ſunt IVST. HENN. BOEHMERVS, *de iure ex pacto tertii quaeſito*, *cap.* I. *tom.* II. *exercitat. ad pandectas*, *tom.* II. p. 256. ac FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* II. p. 152.

§. IIII.

Stipulatio inter praeſentes per epiſtolam contrahi nequit.

1) Stipulatio, teſte VLPIANO, *L.* 1. *pr. D. verbor. oblig.* confici nequit; niſi vtroque loquente. Si praeſentibus 2) liceret ſtipulationem contrahere per epiſtolam, etiam mutis et ſurdis id permiſſum eſſet; illud autem iis interdicit iurisconſultus *leg. citat.* et per hanc rem ſimul tacite, quod in theſi noſtra tradidimus, confirmat. Si generatim 3) prohibitus eſt modus per epiſtolam ſtipulationem quamdam contrahendi, neque id praeſentibus licet; ſed prius conſtat ex L. 24. *D. de conſtituta pecunia* aliud tamen ab aduerſariis deducitur ex eo, quod ſponſalia ſecundum L. 4. *D. de ſponſal.* inter abſentes fieri potuerint: ſcriptura cum vocibus, lingua figuratis comparetur, L. 38. *D. de obl. et act.*

ac ex *L.* 57. *D. de donat. inter vir. et ux.* Dissentit WESENBECIVS, *not. ad §.* 11. *I. de inutil. stipulation.* ac *tit. dig. de V. O. num.* 12. sed nostram adprobant sententiam WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. practic. tom.* III. *libr.* XXXXV. *tit.* I. p. 774. ac PETR. MVLLERVS, *ad Struuium ex.* XXXXVII. §. 5. cum aliis.

§. V.

Si creditor ab vno correorum debendi virilem exegit portionem, solidum ab eo adhuc petere potest.

1) Quum generatim creditori licet reliquam debiti partem exigere, licet vnam adhuc acceperit; neque creditor, qui solidum a correo debendi petere potuit, iuri suo renunciasse est censendus, etsi partem debiti ab eo petierit. 2) Idem liquet ex *L.* 23. *C. de fideiussoribus* neque minus ex *L.* 8. §. 1. *D. de leg.* 1. ac *L.* 28. *C. de fideiuss.* atque ex regula satis nota iurisconsultorum, ex qua de nemine praesumendum est, quod suum iactare voluerit. Qui aliud existimant, ad *L.* 18. *C. de pactis* ac *L.* 16. *C. de fideiuss.* prouocant atque in his sunt, BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *const.* XVII. *def.* II. Io. SCHILTERVS, *ex.* XLVIII. §. 17. ac FRID. PRVCKMANNVS, *vol.* I. *consil.* 7. et 8. sed nobiscum conueniunt WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. com.* III. *libr.* XLV. *tit.* II. §. XXI. GEORG. AD. STRVVIVS, *synt. iuris ciuil. ex* XLVII. §. 29. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XLV. *tit.* II. *quaest.* 14. atque auctores, *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* III. *med.* CXXXV. p. 115.

Digitized by Google

§. VI.

Licet quis iam contra vnum correum debitorem actionem inſtituerit, litem deſerere ac alterum conuenire poteſt.

Clare imperatores in *L.* 28. et 28. *C. de fideiuſſoribus* creditori, cui plures in ſolidum ſe ſe obligarunt, facultatem tribuerunt, ab vno correo ſolutionem petendi, licet eam ab altero iam petierit. Haec eſt ſententia STRVVII, *exercitat.* XXXXVII. *theſ.* 27. *tom.* III. p. 577. ſed aliter ſentiunt, quoniam non liceat variare, ac ſemel inſtituta actione contra vnum correum, iuri renunciatum ſit, ab altero ſolutionem exigendi, PETR. MVLLERVS, *de odio variationis*, *cap.* 3. §. 13. 10. SCHILTERVS, *exercitat.* XLVIII. §. 17. et 26. et SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. ſect.* II. *cap.* 5. §. 16.

§. VII.

Si vnus correorum creditori ſoluit: merito a reliquis, vt quilibet eorum ratam ſuam portionem reddat, poſcit.

Cautum hoc eſt *L.* 2. *C. de duob. reis*; aliud autem ſtatuitur, quod vnum debitum correalis ſit obligationis obiectum hocque ſoluto, ea plane exſtinguntur. Aduerſarii duas in claſſes ſcribuntur. In vnam cadunt, qui ſine diſtinctione regreſſum aduerſus reliquos creditore negant, cum ANT. FABRO, *coniecturar. libr.* II. *cap.* VI. PETR. HEIGIO, *quaeſt. iuris ciuil. et fax. part.* I. *quaeſt.* XXXVII. *num.* II. ac IOACH. HOPPIO, ad §. 1. *I. de duob. reis* et in alteram, qui vel minimum, haud

Digitized by Google

haud conuenire poſſe correum, qui creditori ſatisfecit, ſi ex cauſſa lucratiua id ſit, putant cum ANT. PEREZ, *ad tit. cod. de duob. reis. num.* 12. ac GEORG. AD. STRVVIO, *exerc.* XLVII. §. 28. ab vtroque tamen diſcedunt et quod ego ſtatui, docent BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XVII. *def.* 14. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L. 2. C. de duob. reis.* SAM. STRYCKIVS, *vſu mod. libr.* XLV. *tit.* II. §. 41. et auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* III. *med.* CXXXIV. p. 108.

§. VIII.

Correi debendi beneficium habent diuiſionis.

Si *nou.* XCIX. *cap.* I. haud ad fideiuſſores ſeſe reſtringit; ſed omnes potius correos tangit, propoſitio haec extra dubitationem eſt poſita; illud autem concludimus 1) ex nomine, quo deſignati ſunt illi, quibus largitur imperator exceptionem diuiſionis. Nominantur partim ἀλληλέγγυοι; partim ἀλληλέγγυως ὑπευθύνοι. Haud quidem loquendi hac formula vſus eſt THEOPHILVS, quumque clarius ſemper interpres hic graecus loqui ſe putaret, ſi verba latina, a iurisconſultis ſemel recepta retinet, euenit, vt *libr.* III. *tit.* XVI. *tom.* II. p. 131. ed. REITZII, inſcriptionem praemitteret: περὶ δυο ρεων ςιπυλαςδων καὶ προμιττενδων, *de duobus reis ſtipulandi et promittendi;* nemo tamen ex eo concludere debet ſupra ex nouella, recitata verba aliam ſuſtinere notionem. Io. FRID. HOMBERGIVS, *in nouellis conſtitutionibus Iuſtiniani, conſt.*, XCIX. p. 685. illas eſſe reos promittendi, ſcite obſeruat atque imprimis FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſerv. iuris vniuerſi, tom.* II, *obſ.*

Sabaud. libr. VIII. *tit.* 26. *def.* II. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. sect.* III. *cap.* V. §. 14. ac LVD. MENCKE, *in gymnasio polemico iuris, disp.* XVII. *thes.* 8. p. 247.

SVBSECTIO SECVNDA

DE

FIDEIVSSIONIBVS

§. I.

Si vxor vna cum marito principaliter sese obligat ad soluendum debitum neque probari aliunde potest, eam saltem pro marito fideiussisse, dimidiam illius partem soluere tenetur.

Vbi mulier haud intercedit; sed mutuum contrahit pro se, siue id sola faciat; siue vna cum marito, ibi non locum habet senatusconsultum, quod saltem tangit eius fideiussiones, vel intercessiones. Qui contrarium statuunt, prouocant ad *Nouell.* CXXXIV. *cap.* 8. et *authenticae si qua mulier C. ad SC. Velleian.* verba. Plerorumque iurisconsultorum cohors idem statuit vna cum ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obs.* 89. ANT. FABRO, *cod. Sabaud. libr.* IIII. *tit.* XXI. *def.* 20. IAC. MENOCHIO, *libr.* III. *praesumt. cap.* 22. Io. BRVNNEMANNO, *ad l. fin. D. ad Sc. Velleian. num.* 16. et 18. SAM. STRYCKIO, *vs. mod. libr.* XVI. *tit.* 1. §. 6. Io. BALTH. WERN-

Digitized by Google

WERNHERO, *part. v. obſ.* 46. GEORG. REICH. STVRMIO, *diſſ. de vxore correali, cum marito in vno eademque vocum obligat.* Norimb. cIↃ IↃCCXIII. et DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedenken, tom.* I. *Bed.* LXVI. p. 184. ſed iis aduerſantur IVST. HENN. BOEHMERVS, *diſſ. de efficaci mulierum interceſſione, cap.* III. *§.* 3. p. 75. ac Io. ERN. BERNH. EMMINGHAVSIVS, *diſſ. de femina, mutuum contrahente, beneficium muliebrium expente,* quam meis ſub auſpiciis lenae cIↃIↃCCLXXVIII. defendit.

§. II.

Renunciatio ſenatusconſulti Velleiani neceſſaria eſt, ſi quoque interceſſio iureiurando confirmatur.

Iuri ignoto non renunciari poteſt, *L. 6. §. 8. D. quae in fraud. creditor.* mulieres vero ius ignorare praeſumuntur ſecundum *L. 1. §. fin. D. quae in fraud. credit. L. 9. pr. D. de iuris et facti ignorant.* ac *L. 2. §. fin. D. de iur. fisci.* Quum haec generatim de renunciatione valeant: merito quoque id ſtatui debet de ea, quae iureiurando confirmatur idque eo maiori iure, quum iusiurandum eſt acceſſorium pacti hocque corruente non minus corruit; nec vllos producere poteſt effectus. Aliud exiſtimatur ab aduerſariis, quod certiorationis in locum ſuccedere arbitrentur iusiurandum ac omne iusiurandum ſit ſeruandum, quod ſalua ſalute aeterna ſit ſeruandum. Horum in cenſum ſcribimus ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſ.* 77. *num.* 7. ANTON. HERINGIVM, *de fideiuſſor. cap.* VII. *num.* 507. GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XXI. *theſ.* 10. Io. ZANGERVM *de exception. part.* III. *cap.* 2. *num.* 165. Io. GOED-

DAEVM

Sabaud. libr. VIII. *tit.* 26. *def.* 11. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. sect.* III. *cap.* V. §. 14. ac LVD. MENCKE, *in gymnasio polemica iuris, disp.* XVII. *thes.* 8. p. 247.

SVBSECTIO SECVNDA

DE

FIDEIVSSIONIBVS

§. I.

Si vxor vna cum marito principaliter sese obligat ad soluendum debitum neque probari aliunde potest, eam saltem pro marito fideiussisse, dimidiam illius partem soluere tenetur.

Vbi mulier haud intercedit; sed mutuum contrahit pro se, siue id sola faciat; siue vna cum marito, ibi non locum habet senatusconsultum, quod saltem tangit eius fideiussiones, vel intercessiones. Qui contrarium statuunt, prouocant ad *Nouell.* CXXXIV. *cap.* 8. et *authenticae si qua mulier C. ad SC. Velleian.* verba. Plerorumque iurisconsultorum cohors idem statuit vna cum ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obs.* 89. ANT. FABRO, *cod. Sabaud. libr.* IIII. *tit.* XXI. *def.* 20. IAC. MENOCHIO, *libr.* III. *praesumt. cap.* 22. Io. BRVNNEMANNO, *ad l. fin. D. ad Sc. Velleian. num.* 16. et 18. SAM. STRYCKIO, *vs. mod. libr.* XVI. *tit.* 1. §. 6. Io. BALTH. WERN-

Digitized by Google

WERNHERO, *part.* V. *obſ.* 46. GEORG. REICH. STVRMIO, *diſſ. de vxore correali, cum marito in vno eademque vocum obligat.* Norimb. cIↃ IↃCCXIII. et DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedenken, tom.* I. *Bed.* LXVI. p. 184. ſed iis aduerſantur IVST. HENN. BOEHMERVS, *diſſ. de efficaci mulierum interceſſione*, cap. III. §. 3. p. 75. ac Io. ERN. BERNH. ERMINGHAVSIVS, *diſſ. de femina, mutuum contrahente, beneficium muliebrium expente*, quam meis ſub auſpiciis lenae cIↃIↃCCLXXVIII. defendit.

§. II.

Renunciatio ſenatusconſulti Velleiani neceſſaria eſt, ſi quoque interceſſio iureiurando confirmatur.

Iuri ignoto non renunciari poteſt, *L. 6. §. 8. D. quae in fraud. creditor.* mulieres vero ius ignorare praeſumuntur ſecundum *L. 1. §. fin. D. quae in fraud. credit. L. 9. pr. D. de iuris et facti ignorant.* ac *L. 2. §. fin. D. de iur. fisci.* Quum haec generatim de renunciatione valeant: merito quoque id ſtatui debet de ea, quae iureiurando confirmatur idque eo maiori iure, quum iusiurandum eſt acceſſorium pacti hocque corruente non minus corruit; nec vllos producere poteſt effectus. Aliud exiſtimatur ab aduerſariis, quod certiorationis in locum ſuccedere arbitrentur iusiurandum ac omne iusiurandum ſit ſeruandum, quod ſalua ſalute aeterna ſit ſeruandum. Horum in cenſum ſcribimus ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſ.* 77. *num.* 7. ANTON. HERINGIVM, *de fideiuſſor. cap.* VII. *num.* 567. GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XXI. *theſ.* 10. Io. ZANGERVM *de exception. part.* III. *cap.* 2. *num.* 163. Io. GOEDDAEVM

Sabaud. libr. VIII. *tit.* 26. *def.* 11. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. sect.* III. *cap.* V. §. 14. ac LVD. MENCKE, *in gymnasia polemica iuris, disp.* XVII. *thes.* 8. p. 247.

SVBSECTIO SECVNDA

DE

FIDEIVSSIONIBVS

§. I.

Si vxor vna cum marito principaliter sese obligat ad soluendum debitum neque probari aliunde potest, eam saltem pro marito fideiussisse, dimidiam illius partem soluere tenetur.

Vbi mulier haud intercedit; sed mutuum contrahit pro se, siue id sola faciat; siue vna cum marito, ibi non locum habet senatusconsultum, quod saltem tangit eius fideiussiones, vel intercessiones. Qui contrarium statuunt, prouocant ad *Nouell.* CXXXIV. *cap.* 8. et *authenticae si qua mulier C. ad SC. Velleian.* verba. Plerorumque iurisconsultorum cohors idem statuit vna cum ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obs.* 89. ANT. FABRO, *cod. Sabaud. libr.* IIII. *tit.* XXI. *def.* 20. IAC. MENOCHIO, *libr.* III. *praesumt. cap.* 22. Io. BRVNNEMANNO, *ad l. fin. D. ad Sc. Velleian. num.* 16. et 18. SAM. STRYCKIO, *vs. mod. libr.* XVI. *tit.* 1. §. 6. Io. BALTH. WERN-

WERNHERO, *part.* V. *obſ.* 46. GEORG. REICH. STVRMIO, *diſſ. de vxore correali, cum marito in vno eodemque vocum obligat.* Norimb. CIↃ IↃCCXIII. et DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedenken, tom.* I. *Bed.* LXVI. p. 184. ſed iis aduerſantur IVST. HENN. BOEHMERVS, *diſſ. de efficaci mulierum interceſſione, cap.* III. §. 3. p. 75. ac Io. EHN. BERNH. EMMINGHAVSIVS, *diſſ. de femina, mutuum contrahente, beneficium muliebrium expente,* quam meis ſub auſpiciis Ienae CIↃIↃCCLXXVIII. defendit.

§. II.

Renunciatio ſenatusconſulti Velleiani neceſſaria eſt, ſi quoque interceſſio iureiurando confirmatur.

Iuri ignoto non renunciari poteſt, *L. 6. §. 8. D. quae in fraud. creditor.* mulieres vero ius ignorare praeſumuntur ſecundum *L. 1. §. fin. D. quae in fraud. credit. L. 9. pr. D. de iuris et facti ignorant.* ac *L. 2. §. fin. D. de iur. fisci.* Quum haec generatim de renunciatione valeant: merito quoque id ſtatui debet de ea, quae iureiurando confirmatur idque eo maiori iure, quum iusiurandum eſt acceſſorium pacti hocque corruente non minus corruit; nec vllos producere poteſt effectus. Aliud exiſtimatur ab aduerſariis, quod certiorationis in locum ſuccedere arbitrentur iusiurandum ac omne iusiurandum ſit ſeruandum, quod ſalua ſalute aeterna ſit ſeruandum. Horum in cenſum ſcribimus ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſ.* 77. *num.* 7. ANTON. HERINGIVM, *de fideiuſſor. cap.* VII. *num.* 567. GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XXI. *theſ.* 10. Io. ZANGERVM *de exception. part.* III. *cap.* 2. *num.* 163. Io. GOEDDAEVM

Sabaud. libr. VIII. *tit.* 26. *def.* II. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. sect.* II. *cap.* V. §. 14. ac LVD. MENCKE, *in gymnasia polemica iuris, disp.* XVII. *thes.* 8. p. 247.

SVBSECTIO SECVNDA

DE

FIDEIVSSIONIBVS

§. I.

Si vxor vna cum marito principaliter sese obligat ad soluendum debitum neque probari aliunde potest, eam saltem pro marito fideiussisse, dimidiam illius partem soluere tenetur.

Vbi mulier haud intercedit; sed mutuum contrahit pro se, siue id sola faciat; siue vna cum marito, ibi non locum habet senatusconsultum, quod saltem tangit eius fideiussiones, vel intercessiones. Qui contrarium statuunt, prouocant ad *Nouell.* CXXXIV. *cap.* 8. et *authenticae si qua mulier C. ad SC. Velleian.* verba. Plerorumque iurisconsultorum cohors idem statuit vna cum ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obs.* 89. ANT. FABRO, *cod. Sabaud. libr.* IIII. *tit.* XXI. *def.* 20. IAC. MENOCHIO, *libr.* III. *praesumt. cap.* 22. Io. BRVNNEMANNO, *ad l. fin. D. ad Sc. Velleian. num.* 16. et 18. SAM. STRYCKIO, *vs. mod. libr.* XVI. *tit.* 1. §. 6. Io. BALTH. WERN-

Digitized by Google

WERNHERO, *part. v. obſ.* 46. GEORG. REICH. STVRMIO, *diſſ. de vxore correali, cum marito in vno eademque vocum obligat.* Norimb. cIↃ IↃCCXIII. et DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedenken, tom.* I. *Bed.* LXVI. p. 184. ſed iis aduerſantur IVST. HENN. BOEHMERVS, *diſſ. de efficaci mulierum interceſſione, cap.* III. *§.* 3. p. 75. ac Io. ERN. BERNH. EMMINGHAVSIVS, *diſſ. de femina, mutuum contrahente, beneficium muliebrium expente,* quam meis ſub auſpiciis Ienae cIↃIↃCCLXXVIII. defendit.

§. II.

Renunciatio ſenatusconſulti Velleiani neceſſaria eſt, ſi quoque interceſſio iureiurando confirmatur.

Iuri ignoto non renunciari poteſt, *L.* 6. *§.* 8. *D. quae in fraud. creditor.* mulieres vero ius ignorare praeſumuntur ſecundum *L.* 1. *§. fin. D. quae in fraud. credit. L.* 9. *pr. D. de iuris et facti ignorant.* ac *L.* 2. *§. fin. D. de iur. fisci.* Quum haec generatim de renunciatione valeant: merito quoque id ſtatui debet de ea, quae iureiurando confirmatur idque eo maiori iure, quum iusiurandum eſt acceſſorium pacti hocque corruente non minus corruit; nec vllos producere poteſt effectus. Aliud exiſtimatur ab aduerſariis, quod certiorationis in locum ſuccedere arbitrentur iusiurandum ac omne iusiurandum ſit ſeruandum, quod ſalua ſalute aeterna ſit ſeruandum. Horum in cenſum ſcribimus ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſ.* 77. *num.* 7. ANTON. HERINGIVM, *de fideiuſſor. cap.* VII. *num.* 567. GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XXI. *theſ.* 10. Io. ZANGERVM *de exception. part.* III. *cap.* 2. *num.* 163. Io. GOEDDAEVM

§. VI.

Licet quis iam contra vnum correum debitorem actionem inſtituerit, litem deſerere ac alterum conuenire poteſt.

Clare imperatores in *L.* 25. et 28. *C. de fideiuſſoribus* creditori, cui plures in ſolidum ſe ſe obligarunt, facultatem tribuerunt, ab vno correo ſolutionem petendi, licet eam ab altero iam petierit. Haec eſt ſententia STRVVII, *exercitat.* XXXXVII. *theſ.* 27. *tom.* III. p. 577. ſed aliter ſentiunt, quoniam non liceat variare, ac ſemel inſtituta actione contra vnum correum, iuri renunciatum ſit, ab altero ſolutionem exigendi, PETR. MVLLERVS, *de odio variationis*, *cap.* 3. §. 13. 10. SCHILTERVS, *exercitat.* XLVIII. §. 17. et 26. et SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. ſect.* II. *cap.* 5. §. 16.

§. VII.

Si vnus correorum creditori ſoluit: merito a reliquis, vt quilibet eorum ratam ſuam portionem reddat, poſcit.

Cautum hoc eſt *L.* 2. *C. de duob. reis*; aliud autem ſtatuitur, quod vnum debitum correalis ſit obligationis obiectum hocque ſoluto, ea plane exſtinguntur. Aduerſatii duas in claſſes ſcribuntur. In vnam cadunt, qui ſine diſtinctione regreſſum aduerſus reliquos creditore negant, cum ANT. FABRO, *coniecturar. libr.* II. *cap.* VI. PETR. HEIGIO, *quaeſt. iuris ciuil. et ſax. part.* I. *quaeſt.* XXXVII. *num.* II. ac IOACH. HOPPIO, ad §. 1. *I. de duob. reis* et in alteram, qui vel minimum, haud

haud conuenire poſſe correum, qui creditori ſatisfecit, ſi ex cauſſa lucratiua id fit, putant cum ANT. PEREZ, *ad tit. cod. de duob. reis. num.* 12. ac GEORG. AD. STRVVIO, *exerc.* XLVII. §. 28. ab vtroque tamen diſcedunt et quod ego ſtatui, docent BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XVII. *def.* 14. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L. 2. C. de duob. reis.* SAM. STRYCKIVS, *vſu mod. libr.* XLV. *tit.* II. §. 41. et auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* III. *med.* XXXIV. p. 108.

§. VIII.

Correi debendi beneficium habent diuiſionis.

Si *nou.* XCIX. *cap.* 1. haud ad fideiuſſores ſeſe reſtringit; ſed omnes potius correos tangit, propoſitio haec extra dubitationem eſt poſita; illud autem concludimus 1) ex nomine, quo deſignati ſunt illi, quibus largitur imperator exceptionem diuiſionis. Nominantur partim ἀλληλέγγυοι; partim ἀλληλέγγυοι ὑπευθύνοι. Haud quidem loquendi hac formula vſus eſt THEOPHILVS, quumque clarius ſemper interpres hic graecus loqui ſe putaret, ſi verba latina, a iurisconſultis ſemel recepta retinet, euenit, vt *libr.* III. *tit.* XVI. *tom.* II. p. 131. ed. REITZII, inſcriptionem praemitteret: *περὶ δυοῖν χρεῶν στιπελλανδῶν καὶ προμιττενδῶν, de duobus reis ſtipulandi et promittendi;* nemo tamen ex eo concludere debet ſupra ex nouella, recitata verba aliam ſuſtinere notionem. Io. FRID. HOMBERGIVS, *in nouellis conſtitutionibus Iuſtiniani, conſt.*, XCIX. p. 685. illas eſſe reos promittendi, ſcite obſeruat atque imprimis FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſerv. iuris vniuerſi, tom.* II, *obſ.*

LXXVII. elegantur ex origine horum verborum monſtra felicissimum hunc interpretem nouellarum hoc nomine haud erraſſe. Eo minus eius in ſententiam diſcedere dubito, quum CONSTANTINVS HARMENOPVLVS, *libr.* III. *tit.* VI. *§.* 6. illam abunde confirmat, vbi ait: *καὶ ἀλληλεγγύως δανειζομένη μετά τινος γυνὴ, βοηθεῖται, mulier ita cum aliquo mutuo accipiens, etiam ſenatusconſulto vocatur* et licet interpres eum ſola de fideiuſſione intelligere voluerit eamdemque ob rem adiecerit, *vt viciſſim et pro parte intercedat*, id HARMENOPVLO ſtatuere haud in mentem venit. Neque minus illud adparet 2) ex ipſis Nouellae verbis *cap.* I. quum fideiuſſores prius cogitare non poſſumus, quam ſi alienae accedunt obligationi; ſed eius prorſus haud ibi mentio fit quumque 3) fideiuſſores iam dudum ante Iuſtinianum beneficio fruerentur diuiſiones, ſecundum *§.* 4. I. *de fideiuſſ.* ac *L.* 26. *et* 51. *D. de fideiuſſion.* reuera nihil noui introduxiſſet IVSTINIANVS, vbi illis ſolum proſpicere voluerit; vbi autem nouella quoque efficeret, vt non minus correis iam exceptio haec competeret, omnino iam quidquam adparuit, quod adhuc eſſet inuſitatum, teſtibus *L.* 2. *D.* ac *L.* 2. *C. de duob. reis.* Imperatorem ſibi propoſuiſſe, nouella hac quidquam ſtatuere, quod omnino adhuc haud valeret, ex tota eius patet ſtructura et quid quaeſo ex his aliud ſequitur; quam quod omnino nouella intelligenda ſit de *duobus reis.* Tandem 4) illam eodem modo explicatam eſſe in *authent. Hoc ita C. de duobus reis* ſatis conſtat. Qui correis beneficium hoc denegant, prouocant ad id, quod *L.* 2. *D.* ac *L.* 2. *C. de duob. reis* cautum eſt ac negant, legibus his derogatum eſſe per memoratam nouellam. In his ſunt OSWALD. HILLIGER, ex *Donell. enucl. libr.* XVI. *cap.* 25. Io. IAC. WIS-

SEN-

SENEACHIVS, *exerc. ad dig. part.* II. *diſp.* XXVI. *theſ.* 26. HIERON. TREVTLERVS, *vol.* II. *diſp.* XXVII. §. 9. *lit.* 1. GEORG. FRANZKIVS, *ex.* X. *quaeſt.* 3. EVERARD. BRONCHORSTIVS, *cent.* IIII. *aſſ.* 41. VLRIC. HVBERVS, *praelect. iuris ciuil. tit. de duobus reis*, §. 845. Sed magis hoc nomine iis fauent REINH. BACHOVIVS, ad *Treutler. tom.* III. *vol.* II. *diſp.* XXVII. p. 882. ANTON. FABER, *libr.* II. *coniectur. cap.* 4. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 2. *C. de duob. reis* ac *cent.* V. *decis.* 13. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. ſect.* II. *cap.* V. §. 12. Io. GOEDDAEVS, *de contrahenda et committ. ſtipulat. cap.* V. *num.* 160. DAV. MEVIVS, *part.* VI. *decis.* 277. Io. SCHILTERVS, *ex.* XLVIII. §. 54. HENR. HAHNIVS, ad *Weſenbecium*, *tit. de duob. reis*, *num.* 5. ac FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* II. *obſ.* LXXVII. p. 286.

§. IX.

Etſi vni correorum debendi numeratio mutui ſit facta: reliquis tamen haud competit beneficium excuſſionis.

Illud reuera non cogitari poteſt in correali obligatione; ſedeius naturae prorſus eſt contraria eſt quumque reliquorum conſenſu vni facta eſt numeratio: illa ipſis beneficium excuſſionis tribuere nequit. Liquet hoc ex *L.* 4. *C. de duob. reis* ac *L.* 5. *C. ſi certum petatur*; contrarium tamen ex opinione eorum, qui illud adſerunt, conſtat ex *L. fin. C. de diuid. tutel.* Inter hos numerare debemus BENED. CARPZOVIVM, *part.* II. *conſt.* 18. *def.* 10. ac VAL. FRANCVM, *de fideiuſſor. cap.* 5. *num.* 453. conſentientium vero in cenſum cadunt ANTON. FABER, *cod.*

Sub-

Sabaud. libr. VIII. *tit.* 26. *def.* II. SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. sect.* III. *cap.* V. §. 14. ac LVD. MENCKE, *in gymnasio polemico iuris, disp.* XVII. *thes.* 8. p. 247.

SVBSECTIO SECVNDA

DE

FIDEIVSSIONIBVS

§. I.

Si vxor vna cum marito principaliter sese obligat ad soluendum debitum neque probari aliunde potest, eam saltem pro marito fideiussisse, dimidiam illius partem soluere tenetur.

Vbi mulier haud intercedit, sed mutuum contrahit pro se, siue id sola faciat; siue vna cum marito, ibi non locum habet senatusconsultum, quod saltem tangit eius fideiussiones, vel intercessiones. Qui contrarium statuunt, prouocant ad *Nouell.* CXXXIV. *cap.* 8. et *authenticae si qua mulier C. ad SC. Velleian.* verba. Plerorumque iurisconsultorum cohors idem statuit vna cum ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obs.* 89. ANT. FABRO, *cod. Sabaud. libr.* IIII. *tit.* XXI. *def.* 20. IAC. MENOCHIO, *libr.* III. *praesumt. cap.* 22. Io. BRVNNEMANNO, *ad l. fin. D. ad Sc. Velleian. num.* 16. et 18. SAM. STRYCKIO, *vs. mod. libr.* XVI. *tit.* 1. §. 6. Io. BALTH. WERN-

WERNHERO, *part. v. obſ.* 46. GEORG. REICH. STVRMIO, *diſſ. de vxore correali, cum marito in vno eodemque vocum obligat.* Norimb. cIↃ IↃCCXIII. et DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedenken, tom.* I. *Bed.* LXVI. p. 184. ſed iis aduerſantur IVST. HENN. BOEHMERVS, *diſſ. de efficaci mulierum interceſſione, cap.* III. §. 3. p. 75. ac Io. ERN. BERNH. EMMINGHAVSIVS, *diſſ. de femina, mutuum contrahente, beneficium muliebrium expente,* quam meis ſub auſpiciis Ienae cIↃIↃCCLXXVIII. defendit.

§. II.

Renunciatio ſenatusconſulti Velleiani neceſſaria eſt, ſi quoque interceſſio iureiurando confirmatur.

Iuri ignoto non renunciari poteſt, *L.* 6. §. 8. *D. quae in fraud. creditor.* mulieres vero ius ignorare praeſumuntur ſecundum *L.* 1. §. *fin. D. quae in fraud. credit. L.* 9. *pr. D. de iuris et facti ignorant.* ac *L.* 2. §. *fin. D. de iur. fiſci.* Quum haec generatim de renunciatione valeant: merito quoque id ſtatui debet de ea, quae iureiurando confirmatur idque eo maiori iure, quum iusiurandum eſt acceſſorium pacti hocque corruente non minus corruit; nec vllos producere poteſt effectus. Aliud exiſtimatur ab aduerſariis, quod certiorationis in locum ſuccedere arbitrentur iusiurandum ac omne iusiurandum ſit ſeruandum, quod ſalua ſalute aeterna ſit ſeruandum. Horum in cenſum ſcribimus ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſ.* 77. *num.* 7. ANTON. HERINGIVM, *de fideiuſſor. cap.* VII. *num.* 567. GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XXI. *theſ.* 10. Io. ZANGERVM *de exception. part.* III. *cap.* 2. *num.* 163. Io. GOEDDAEVM

DAEVS, *de contrah. ſtipulat. cap.* VII. *conclus.* XVI. Sed iis refragantur VINCENT. CAROCIVS, *in tract. de excep. cap.* 87. SAM. STRYCKIVS, *vs. mod. libr.* XVI. *tit.* I. §. 23. CHRIST. WILDVOGEL, *consil. et resp.* resp. CCXXXV. ac IVST. HENNING. BOEHMER, *diss. de efficaci mulier intercessione, cap.* I. §. 19. in eius *exercitationibus ad pandectas, tom.* III. p. 396.

§. III.

Haud opus est iurata renunciatione senatusconsulti Velleiani, si mulier pro extraneo intercedit.

1) Si lege solum cautio; seu nuda promissio requiritur, haud opus est, vt iureiurando sit confirmata, propterea quod nuda promissio non minus est promissio; quam ea, quae sub religione iurisiurandi sit facta: POMPONIVS autem L. 32. §. 5. *D. ad senatusconsultum Velleian.* solum desiderat, vt caueat mulier, se exceptione senatusconsulti Velleiani non vsuram, vbi facultate, illam opponendi sit priuanda, ANASTASIVS 2) quidem *L.* 21. *C. ad senatusc. Velleian.* renunciationes mulierum stricte explicandas esse statuit; sed haud ipsi in mentem venit, poscere, vt iureiurando sint firmatae. Non minus 3) extra dubitationem positum est, haud opus esse, vt renunciatio iureiurando sit corroborata, vbi generatim illa legibus requiratur; nec simul huius mentio fit: sed *nou.* CXVIII. *cap.* 5. solum matri vel auiae, tutelam liberorum; seu nepotum susceptura renunciationem imponit auxilii senatusconsulti. Qui aliud statuunt, concedunt quidem, feminam vti non posse senatusconsulto, cui iurato renunciatum fuerit, ob

ob ſatis notum praeceptum iuris canonici. ſecundum quod omne iusiurandum ſeruandum ſit, quod ſeruari poſſit, ſalua ſalute aeterna; ſed negant, iureiurando haud praeſtito, quod ſenatusconſultum inter leges prohibitiuas ſit numerandum: interceſſio ad publica officia pertineat: beneficium mulieribus ſit conceſſum, ob imbecillitatem ſexus haecque etiam locum habeat in renunciatione: per illam intentio legislatoris penitus elidatur: nulla omnino valeat feminarum interceſſio *L.* 23. *C. ad SC. Velleian.* ac legibus tandem exceptiones ſint introductae quibus ſenatus conſultum illud ceſſat; hae autem firment regulam in caſibus non exceptis. Ita ſentiunt MATTH. WESENBECIVS, *libr.* XVI. *dig. tit.* I. *num.* 2. FRANC. CONNANVS, *commentar. iur. ciuil. libr.* VI. *cap.* 8. MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *conclus.* 19. *num.* 6. ARNOLD. VINNIVS, *ſelect. iuris quaeſt. libr.* I. *cap.* 48. ac IOS. AVERANIVS, *interpretat. iuris ciuil. libr.* II. *cap.* 5. Sed nobiscum conſentiunt: ANTON. HERINGIVS, *de fideiuſſ. cap.* VII. *num.* 271. GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuil. ex* XXI. *theſ.* 10. CHRISTOPH. PHIL. RICHTER, *vol.* II. *conſil.* 252. Io. SCHILTER, *ex.* XXVII. *theſ.* II. ac IVST. HENNING. BOEHMER, *exerc. ad pand. tom.* II. *ex L. cap.* I. *§.* 19. p. 383.

§. IV.

Vidua, pro debito mariti defuncti intercedens, ad authenticam ſi qua mulier prouocare non poteſt.

Ratio, ob quam interceſſiones vxores pro maritis factae, authentica memorata pro inualidis declarantur, penitus ceſſat, ſi matrimonium morte mariti eſt ſublatum,

tum, ideoque ad illas non poteſt extendi. Aduerſarii ideo eamdem ad viduas extendunt, quod amor ac reuerentia coniugalis haud ſtatim, mortuo marito, exſpirent ideoque in illa eadem facilitas ad ſuſcipiendum debitum ſit metuenda, quae imperatorem commouit, id nouellis ſuis ſancire, quod hacce in authentica tradatur. Ita ſentiunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XVI. *def.* 3. ac de *iur. feminarum ſingularibus*, *dec.* IIII. *pos.* 4. IO. BRVNNEMANNVS ad *L.* I. *D. ad Sc. Velleian. num.* II. ac GEORG. AD. STRVVIVS, *decis. ſabbathin. cap.* XIV. *decif.* 27. Sed iis contradicunt ERN. COTHMANNVS, *vol.* V. *reſp.* 48. SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. dig. libr.* XVI. *tit.* I. §. 12. DAV. MEVIVS, *part.* VII. *dec.* 229. ſq. ac IVST. HENN. BOEHMERVS, *diſſ. de efficaci emulierum interceſſione, cap.* II. §. V. *tom.* III. *exerc. ad pandectas*, p. 408.

§. V.

Clericus etiam adhuc fideiubere nequit.

Arcet Iuſtinianus, *Nouella* CXXIII. *cap.* 6. a fideiuſſionibus clericos, quinque illud eum in finem fit, ne per eiusmodi negotia ciuilia a cura animarum ac cultu diuino diſtrahantur, haecque etiam clerici euitare debent noſtra adhuc aetate: merito cenſemus, adhuc obtinere, quod in memorata nouella eſt ſancitum; aliud tamen ſtatuitur, quod non poſſint tuto comparari clerici cum militibus: quibusdam tantum in cauſſis fideiuſſiones clericorum eſſent iure nouellarum interdictae: immo haud obſcure ex *cap.* IX. *X. de iureiur.* colligendum ſit, clericis licere, eiusmodi ſuſcipere negotium.

Diſſen-

Diſſentiunt hac de re iurisconſulti, ea ratione, vt Avg. Leyserus, *med. ad pandectas, ſpec.* DXXIII. *med.* 3. ac Io. Lvd. Schmidius, *de fideiuſſore, plane non obligato, ſect.* 11. *cap.* I. p. 70. eamdem foueant ſententiam: ab his alii autem diſcrepent; neque tamen inter ſe conueniant. Nonnulli eorum ſimpliciter adſerunt, clericos fideiubere poſſe, videlicet Io. Lavr. Fleischervs, in *der Einleitung zum geiſtl. Recht, libr.* II. *cap.* XXIV. *§.* 25. p. 589. Ioann. Gottfr. Schavmbvrgivs, in *der Einleitung zum ſächſiſchen Rechte, part.* III. *ſect.* II. *exerc.* VIII. *§.* 8. p. 412. Ivst. Henn. Boehmervs, in *iur. eccleſ. proteſtant. tom.* II. *libr.* III. *tit.* XXII. Frid. Esaias Pvfendorfivs, *obſ. iur. vniu. tom.* III. p. 108. alii autem cum Ant. Heringio, *de fideiuſſ. cap.* 7. *num.* 269. ac Nic. Christoph. Lyncker o, *verum. deciſar. part. decis.* 257. inter clericos pontificiae religioni addictos ac proteſtantes diſtinguunt. Iterum aliam, ſententiam iniit Alb. Phil. Frick, *de clerico fideiuſſore,* Helmſtadii, cIↃIↃCCLX. cui Tob. Iac. Reinharthvm, *de fideiuſſione clericorum,* Ienae, cIↃIↃCCXXXX. iungas.

§. VI.

Qui pro pupillo, aliquid ſine tutoris auctoritate promittente, fideiubet, fideiuſſione non obligatur.

1) Vbi fideiuſſio valida eſſe debet, ibi neceſſe eſt, vt adſit obligatio, cui accedat, *L.* 11. *D. de fideiuſſor.* ex promiſſione vero pupilli non naſci obligationem, imperator clare nos docet, quum illam ad inutiles referat ſtipulationes, *§.* 9. *I. de inutil. ſtipulat.* 2) Quicun-

que promittendo obligari nequit, pro eo nec fideiuſſor interuenire poteſt, *L.* 6. *D. de V. O.* 3) Furioſi obligationi qui accedit, non obligatur, *L.* 6. *D. de V. O. L.* 25. *D. de fideiuſſor.* furioſo autem proximus eſt pupillus *L.* 11. §. 12. et 13. *D. de obl. et act* 4) Teſtatur id ipſa *L.* 25. *D. de fideiuſſ.* Non opus eſt ibi emendatione BERNARD. HENR. REINOLDI, *varior. iur. ciuil. cap. vlt.* aliorumque, vti iam ſcite monſtrarunt GEORG. D'ARNAVD, *coniect. libr.* II. *cap.* 22. p. 366. et CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK, *libr.* V. *obſ. iur. Rom. cap.* 20. *tom.* I. *oper.* p. 104. Ex vltimis eius verbis perſpicimus, quaeſtionem hoc loco in medium minime eſſe prolatam, num fideiuſſor pupilli fideiuſſione obligetur; nec ne? Intactam potius eam relinquit iurisconſultus ac ſolum explorat, num ille, qui pro pupillo fideiuſſit ac eum quoque liberauit, vt indemnis praeſtetur, a pupillo petere queat? Quum id ſine vlla diſtinctione negat; neque ei actionem negotiorum geſtorum, ob deficiens negotium, pupilli in vtilitatem geſtum, concedit, non alia ex ratione id ſtatuere poteſt; quam quod fideiuſſor talis iure non obligetur: ſponte animoque donandi id ſoluerit; nec negotium geſſerit. Aliud ob *L.* 25. *D. de fideiuſſ.* L. 127. *D. de V. O.* ac *L.* 95. §. 14. *D. de ſolut.* ſtatuunt: ARNOLD. VINNIVS, *comment. ad Inſtitut. libr.* III. *tit.* XXX. p. 151. SAM. COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* XXXXVI. *tit.* I. *quaeſt.* 5. ABR. WIELING, *leſt. iuris ciuil. libr.* II. *cap.* 12. p. 159. et BAROLD. KNOCK, *obſeruat. ad ſelecta iuris Rom. loca, cap.* 6. p. 53. ſed nobiscum cum multis aliis conſentit Io. LVD. SCHMIDIVS, *de fideiuſſ. plane non obligatio.* §. II.

§. VII.

§. VII.

Si fideiuſſor ad maiorem ſummam ſeſe obligauit; quam ea eſt, quam debitor debet principalis, in concurrentem omnino obligabitur; plus autem ab eo exigi nequit, ſiue iureiurando confirmauerit fideiuſſionem; ſiue ſine illo alterius contractui accefſerit.

Quod ad membrum prius huius propoſitionis ſpectat, concludimus illud 1) ex eo, quod, qui maiorem ſummam promittit, ex ſententia iurisconſultuorum, minorem quoque, quae ſub maiore comprehendatur, promiſiſſe ſit cenſendus, hancque ob rem, ſtipulationem, qua quis decem ſtipulanti viginti promiſerat, in decem obligationem contractam eſſe, ſtatuendum ſit, *L.* 1. *§.* 4. *D. de V. O. L.* 11. *§.* 1. *D. de conſtit. pecunia.* 2) IVLIANVS, *L.* 33. *D. mandati* tradit, eum, qui hoc modo fideiuſſiſſet, hactenus mandati actionem habere, quatenus rogatus eſſet; illud autem dici haud potuiſſet; niſi eiusmodi fideiuſſor obligaretur. 3) Maiori ſummae minorem ſemper ineſſe, *L.* 12. *L.* 83. *§.* 3. *L.* 109. *D. de V. O. L.* 43. *§. vlt. D. de leg.* 2. abunde docent. Denique 4) idem concludendum eſt ex L. 34. *C. de donat.* Poſterius ex natura iurisiurandi promiſſorii liquet. Praeter communem doctorum cohortem eandem tuentur ſententiam: DION. GOTHOFREDVS, ad *L.* 18. *§.* 7. *D. de fideiuſſ.* Io. HARPRECHTVS ad *§ fin. Inſt de fideiuſſ. tom.* III p. 684. ANT. HERINGIVS, *de fideiuſſor. cap.* 24. *num.* 63. BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. forenſ. part.* II. *conſt.* 19. *def.* 9. SAM. STRYCKIVS, *vſu mod. pand. libr.* XXXXVI. *tit.* I. §. 9. Io. HENR. BERGER, *oecon. iur. libr.* III. *tit.* III. §. 10. atque Io. LVDOV.

DOV. SCHMIDIVS, *de fideiussore, plane non obligato, sect.* II. *cap.* I. p. 88. atque iurisconsulti Erlangenses, GMELINVS, atque ELSAESSER, *in den gemeinnützigen Beobachtungen und Rechtsfällen, vol.* III. p. 63. Quoniam placuit teste VLPIANO, L. 8. §. 7. *D. de fideiuss. et mandat.* eos, qui fuerint in duriorem caussam fideiussores *omnino non* obligari: *) aliud statuunt: EVER. BRONCHORSTIVS, *centur. 4. assert.* 53. REINH. BACHOVIVS, ad *§. 4. I. de fideiuss.* et *ad Treutler. vol.* II. *diss.* 28. *thes.* 4. Io. IAC. WISSENBACHIVS, *part.* II. *disp.* XXVII. *thes.* 10. ARNOLD. VINNIVS, *ad §. 5. I. de fideiuss.* ANTON. PEREZ, *ad cod. h. t. num.* 16. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *comp. dig.* p. 634. ac Ios. AVERANIVS, *interpretat. iur. libr.* II. *cap.* III.

§. VIII.

Licet fideiussor pro vsuris sese expresse haud obligauerit, illas tamen quoque soluere te-

*) Hac in lege alia est lectio Florentina: alia Haloandrina. Vtraque quidem editio ipsis in verbis huius L. 8. §. 7. *D. de fideiuss. et mandat.* adcurate conuenit; in loco tamen, quem particulis *omnino non* adsignant, ita dissident, vt in Florentina legatur: *placuit eos omnino non obligari*; in Haloandrina autem: *placuit eos non omnino obligari.* Omnino est differentia inter vtramque loquendi formulam, licet in iisdem consistant verbis, quemadmodum belle expossuit Ios. AVERANIVS, *loc. indicat.* haud tamen aliam rationem habere potuit HALOANDER, cur a Florentina lectione discederet, quam quod magis aliis praeceptis iuris illud effatum hoc modo confirmari posse crederet. Sed semper quoque id cum reliquis conciliari potest, si retinemus verborum ordinem codicis Florentini eamdemque ob caussam translationem hanc Haloandrinam improbauit SIGM. REICH. IAVCHVS de *negat. pand. Flor.* p. 113.

Digitized by Google

tenetur, vbi mutuo accessit vsurario; neque expresse saltim solutionem sortis promiserit.

1) Clare id liquet ex *L.* 8. *C. quod cum eo*, vbi fideiussor ideo in vsuras condemnatur, propterea quod intellexit, illas in obligatione debitoris principalis esse. 2) Eadem ratione id constat ex L. 68. §. 1. *D. de fideiussion.* quum casum quidem proponit, quo fideiussor a solutione vsurarum absoluitur; ratio tamen tantum in eo ponitur, quod in sola centum annua sese obliganerint, non in omnem conductionem; qui autem aliud statuunt, partim ad *L.* 68. *§.* 1. *D. de fideiuss.* partim ad naturam fideiussionis, quae sit stricti iuris, *L.* 99. *D. de V. O.* prouocare solent. De quaestione hac iam antiquiores iurisconsulti litigarunt: PLACENTINVS, BVTRIGARIVS, atque alii. Ex recentioribus nominamus: REINH. BACHOVIVM, *not. ad Wesenbecium, tit. de fideiussor. num.* 6. Io. SICHARDVM, *in codic. tom.* II. p. 1116. Io. HENR. BERGERVM, *elect. discept. for. suppl. part.* I. *consil.* 73. §. I. p. 827. SAM. COCCEIVM, *iur. controuers. libr.* XXXVI. *tit.* I. *quaest.* IO. AVG. LEYSERVM, *med. ad pandect. spec.* DXXIV. *med.* 3. Io. LVD. SCHMIDIVM, *de fideiussore, plene non obligato, sect.* II. *cap.* I. §. 53. p. 58. et GEORG. AVG. TOPPIVM, *diss. de fideiussore vsuras soluente et non soluente*, Helmstadii CIↃIↃCCLVII.

§. IX.

Qui generatim omnibus beneficiis fideiussoriis renunciat, is quoque beneficio excussionis renunciasse censetur.

Quidquid valet de genere, valere quoque debet de ſpeciebus: iam beneficium hoc locum habet iſta inter beneficia eamdemque ob rem ad ea quoque trahenda eſt renunciatio; verumenimuero aliud adfirmatur ab aduerſariis, quod incertis verbis imperiti laedantur, ſi generalis renunciatio complecteretur quoque renunciationem huius beneficii ac generaliter renuncians haud cogitaſſe cenſendus ſit de ſpecialibus beneficiis. Nobiscum conſentiunt: ANT. HERING, *tractat. de fideiuſſ. cap.* XVII. *num.* 35. MATTH. COLERVS, *de proceſſu executiuo, part.* I. *cap.* 10. ac Io. LVD. SCHMIDIVS, *de fideiuſſore principaliter obligato, ſect.* 11. *cap.* I. p. 24. contrariam autem tuentur ſententiam ANT. FABER *in cod. def. for. libr.* VIII. *tit.* 28. *def.* 31. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XXXXVI. *tit.* I. *quaeſt.* 12. Io. BALTH. A WERNHER, *ſel. obſ. for. tom.* III. *obſ.* 256. *num.* 4.

§. X.

Si fideiuſſor creditori ſatisfecit; nec ſibi quum ſolueret, ceſſionem actionum stipulatus eſt, poſt ſolutionem eam petere nequit.

1) Si quis actionem non habet, eam quoque tertio cedere haud poteſt. Creditor, cui ſatisfactum eſt actionem aduerſus tertium haud habet; ideoque nec cedere eam poteſt fideiuſſori. 2) Generatim tradit MODESTINVS fideiuſſorem haud poſſe fideiuſſorem conuenire, ſi totum debitum ſoluit creditori; neque ſibi actiones cedendas curauit ac per id ipſi quoque facultatem adhuc ceſſionem actionum petendi denegauit. 3) Vbi quis liberatur ſolutione fideiuſſoris, nec aduerſus eum amplius actio quaedam locum habet, *L.* 23. *D. de ſolut.*

4)

4) Clare rem confirmat MODESTINVS, *L.* 76. *D. de ſolut.* quum nihil ceſſione actum eſſe tradit, ſi poſt ſolutum ſine vllo pacto omne, quod ex cauſſa tutelae debeatur, actiones poſt aliquod internallum ceſſae ſint eiusque rei ratio in eo ponitur, quod, quum ceſſio fieret, nulla ſuperfuerit actio. Opponuntur huic ſententie plures leges, videlicet *L.* 36. *D. de fideiuſſ. L.* 28. *D. mandati: L.* 1. *§.* 13. *D. de tut. et rat. diſtrahendis* ac *L.* 21, *§.* 3. *D. de fideiuſſoribus* a PETR. HEIGIO, *part.* 1. *quaeſt.* 38. *num.* 13. ac Io. STRAVCHIO, *diſſ. Iuſtin.* XVI. *theſ.* 18. ſed iis refragantur Io. BRVNNEMANNVS, *de ceſſ. action. cap.* III. *num.* 24. MATTH. BERLICHIVS *part.* II. *concluſ.* XXII. *nr.* 77. Io. GOEDDAEVS, *de contrahenda ſtipulat. cap.* IX. *concluſ.* 5. *num.* 117. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. polemico iuris, diſp.* XVII, *theſ.* II. p. 249.

§. XI.

Beneficium excuſſionis ei denegari nequit, qui iureiurando fideiuſſionem confirmauit.

Fideiuſſio iureiurando confirmata eſt ſpecies fideiuſſionis, quumque eaſemper fideiuſſori hocce tribuit beneficium, idem quoque de iurata ſtatuendum eſt idque eo maiori iure, quum iusiurandum, quod fideiuſſioni acceſſit, ſolum acceſſorium eſt; neque vllo modo naturam fideiuſſionis mutat. Qui aliud ſtatuunt, reſpiciunt potiſſimum ad ſatis notam virtutem, iuriiurando in iure canonico tributam: ad *cap.* 9. *de iureiurando:* neque minus ideo ſententiae contrariae adhaerent, quod, ſi eiusmodi fideiuſſor etiam beneficium haberet excuſſionis, nullum haberet ex iureiurando commodum atque ita ſentiunt ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 27. ANT. HERING. *de*

fideiuſſionibus, cap. XXVII. *part.* 1. *num.* 35. BENEDICT. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* 17. *def.* 5. MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *concluſ.* XXII *num.* 27. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *de benefic. excuſſionis theſ.* 12. Sed noſtram probant ſententiam ANDR. FACHINAEVS, *controu. iur. libr.* III. *cap.* 15. ANT. FABER, *cod. Sabaud. def. for. libr.* VIII. *tit.* XXV. *def.* 31. GEORG. AD. STRVV, *ſynt. iuris ciuil. ex.* XLVII. §. 45. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XLVI. *tit.* I. *quaeſt.* 12. *num.* 7 ANTON. PEREZ, *ad cod. tit. de fideiuſſor. num.* 27. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, tom.* III. *med.* CXLV. p. 753.

§. XII.

Beneficium excuſſionis haud denegandum eſt fideiuſſori, qui tamquam debitorem principalem ſeſe obligat.

1) Quaelibet renunciatio ſtricte eſt interpretanda; neque vnquam praeſumenda; iſtam autem hoc loco praeſumere non poſſumus, quum fideiuſſor, qui ita ſeſe obligat, reuera nihil agit; quam quod quilibet fideiuſſor facit, vbi fidem ſuam pro debitore interponit. 2) Si haud nouatio procedit, vbi fideiuſſor tamquam debitorem principalem ſeſe obligauit, nec vllo modo per id liberatur ab obligatione debitor principalis: nihilque amplius per iſtam promiſſionem a fideiuſſore factam effici poteſt; quam vt certo modo pro eius correo ſit habendus. Hoc nomo in dubium vocare poteſt; vbi autem hoc quoque adſumere vellemus, nequidem beneficium excuſſionis ei tamquam correo denegare poſſumus. 3) Ratio, cur beneficium excuſſionis ſit a Iuſtiniano introductum

Digitized by Google

ctum, eſt, ne fideiuſſor conueniatur, vbi a debitore principali ſolutio ſit impetranda, quum is eſt, qui, ſi quoque creditori ſatisfacere debuerit fideiuſſor, hunc iterum indemnem praeſtare debet; omnia autem hoc in eo quoque obtinent, qui tamquam debitorem principalem ſeſe obligauit. Quum 4) reipublicae intereſt, vt litium iudiciariarum numerus diminuatur, merito beneficium excuſſionis potiſſimum fideiuſſoribus tribuitur ac per id minimum vna lis euitatur, quae inter debitorem principalem ac fideiuſſorem oritur, ſi hic creditori ſatisfecit; idem vero obtinet, ſi exceptione ordinis quoque fruitur, qui tamquam debitorem principalem ſeſe obligauit. 5) Interpretationem contra eum faciendum eſſe, qui clarius loqui debuiſſet, ſatis nota ac trita eſt regula; creditori vero hocce incubuiſſe officium, ſi voluerit renunciationem exceptionis ordinis a fideiuſſione conſequi, partim ex eo liquet, quod ſingulare quidquam deſiderat, ſecundum *L.* 99. *D. de V. O.* partim ex eo conſtat, quod commodum intendit, cum incommodo fideiuſſionis coniunctum, *L.* 21. *D. de contrahenda emt. L.* 26. *D. reb. dub. L.* 9. et 34. *D. de R. I.* Quicquid 6) valet de fideiuſſione, tamquam conuentione acceſſoria generatim ſpectata, valere debet ea de fideiuſſione, qua quis tamquam debitorem principalem ſeſe obligauit. Tandem regula 7) obtinet, ſecundum quam omne id, quod obligat, ſtricte ſit interpretandum; vbi vero ſermo eſt de liberatione, quilibet facilior eſſe debet ad liberandum, vti conſtat ex *L.* 47. *D. de obl. et act. L.* 99. *D. de V. O.* ac *L.* 26. *D. de reb. dub.* Hanc ſi adplicamus eiusmodi ad fideiuſſorem, non minus ideo quoque ei exceptio ordinis eſt tribuenda; qui vero illam ipſi denegant, illud adſerunt, 1) quod, ſi quoque cuilibet competat fideiuſſori atque is, qui tamquam de-

bitorem principalem se obligauit, fideiussor est, reuera per id successorem se esse in locum debitoris principalis, declarat quumque hic exceptione ordinis nullo modo vti potest, nec illa concedenda sit tali fideiussori: 2) plane inutilis foret clausula illa, qua ita creditor securum se reddere studet; nisi ipsi per eam exceptione hac priuaretur: 3) sibi imputare debeat, quod hoc modo creditori sese obligauerit ac 4) tali ratione se distinguere voluerit ab aliis fideiussoribus; haec autem plane cessaret, vbi illi quoque concederetur exceptio ordinis. Quam amplexus sum hac de controuersia, sententia est ANT. FABRI, *in cod. def. for. libr.* VIII. *tit.* 27. *def.* 31. Io. BALTH. WERNHERI, *select. obs. forens part.* IV. *obs.* 26. CHRIST. SCHOENII, *syst. iuris ciuil. libr.* XLVI. *tit.* I. §. 13. REINHARD. SOMMER, *diss. de fideiuss. beneficio ordinis non gaudentibus*, Vitembergae, cIↃ IↃCCXV. FRANC. ALEI, *decis. praecipuar. controuersiar. iuris*, p. 93. Io. STEPH. PÜTTER, in *denen Rechtsfällen*, *tom.* III. *Bed.* 80. ac CAR. ANTONII SCHAB, *de fideiussore, qui vt debitorem principalem se obligauerit, beneficio ordinis gaudente*, Moguntiae, cIↃ IↃCCLXXXVI. pluriumque dicasteriorum, in quibus Ienensia quoque nominare possumus; displicet tamen illa IVST. MEGERO, *coll. Argentorat. libr.* XLVI. *tit.* II. §. 19. Io. ZANGERO, *de except. part.* II. *cap.* 16. *num.* 13. MATTH. COLERO, *de proc. executiu. cap.* 10. *num.* 103. ANT. HERING, *de fideiussor. cap.* 23. *part.* I. *num.* 84. DAV. MEVIO, *part.* I. *dec.* 229. NIC. HIERON. GVNDLINGIO, *de benef. excussionis cap.* 5. §. 4. DAV. GEORG. STRVBEN in *den rechtlichen Bedenken*, *tom.* I. p. 102. et Io. LVD. SCHMIDIO, *loc. cit.* p. 32. sq.

§. XIII.

Digitized by Google

§. XIII.

Ceſſat beneficium excuſsionis, fideiussoribus alioquin competens, quum concurſus creditorum contra debitorem est ortus.

1) In *nouella* IV. *cap.* 1. ſancitum eſt, beneficium excuſſionis deficere, ſi debitor principalis abſens ſit; quoniam autem eius ratio in eo ponitur, quod acerbum ſit, *creditorem mittere alio*, quum poſſit mox interceſſorem; aut mandatorem; aut ſponſorem conuenire, merito ex illa colligendum eſt, creditorem ac debitorem ipſum non eſſe remittendum per exceptionem ordinis, ſi multo facilius conſequi poſſit creditum ſuum a fideiuſſore; quam debitore. 2) Concurſu creditorum exorto creditor ſaepenumero per longam annorum ſeriem exſpectare debet, donec ei ſatisfiat; neque facile integrum creditum ſortitur, quumque itaque facilius ad id, quod intendit, peruenire poteſt, ſi iam creditum a fideiuſſore repetit, illud quoque ei permiſſum eſſe debet; nec impedimento ei eſſe poteſt exceptio excuſſionis. Diſſentiunt, qui ob ſpem, quam ſaepius habet debitor, ſolutionem ex maſſa concurſus accipiendi cum BERGERO, *part.* II. *reſp.* 134. *num.* 2. diſtinguunt, vtrum eam expectare poſſit; an illa ab eodem haud ſit ſperanda; ſed probatur ſententia noſtra a FRANC. SALGADO, *in labyrintho creditorum*, *part.* 1. *cap.* 23. IVST. HENN. BOEHMERO, *doct. de action. ſect.* II. *cap.* 8. §. 149. *not.* a. et Io. LVD. SCHMIDIO, *com. de fideiuſſ. principaliter obligato*, *ſect. cap.* II. §. 101. ſqq.

§. XIV.

Adeſt adhuc differentia inter fideiuſſorem indemnitatis ac fideiuſſorem ſimplicem.

Quum

Quum fideiussorem indemnitatis eum vocamus, qui alteri ad damnum reparandum se obligat, quod ille ex re tertio credita sit passurus, secundum *L. vlt. pr. D. de rebus creditis*, *L.* 116. *D. de V. O. L.* 21. *D. de solution. L.* 7. *D. de fideiussor.* necesse est, vt omni tempore creditor exspectare debeat, quid a debitore consequatur; antequam adeat eiusmodi fideiussorem; sed hoc non semper ipsi opus est, vbi fideiussorem simplicem habeat. Quodsi vero solutionem haud nactus est a debitore, ab isto petere potest vsuras; aut interesse morae: immo sumtus litis, cum debitore agitatae; sed haec omnia poscere nequit a fideiussore simplici; nisi ea speciatim sit sibi stipulatus. Quoniam *novella* IV. omnibus fideiussoribus concessum est beneficium ordinis, differentiam inter eos ac fideiussores indemnitatis penitus sublatam esse putat Avo. Leyserus, *spec.* DXXIII. *med.* 12. aliter vero sentit Chr. Thomasius, *diss. de fideiuss. indemnitatis*, Halae cIↃIↃCCIII.

§. XV.

Si semel pars debiti ab vno fideiussorum fuerit exacta, reliqua summa ab illo peti haud potest, quamuis reliqui fideiussores non sint amplius soluendo.

Concludimus hoc 1) ex L. 26. *D. de fideiussor.* quum eo in casu partem fideiussoris, qui sine herede decessit, vel ad inopiam peruenit ad ceterorum onus respicere traditur, vbi illud factum sit ante exactam partem. 2) Eadem ratione in *L.* 16. *D. iudicatum solui* statuitur, iudicium non dandum esse hoc casu contra fideiussorem; neque vero minus 3) idem adparet ex §. 4. *I. de fi-*

fideiuſſionibus. Idem tradunt: PYRRHVS MAVRVS *in tractat. de fideiuſſor. part.* II. *ſect.* VI. *cap.* 4. p. 614. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *de beneficio diuiſionis,* CIↃIↃCLVIII. Io. ZANGER, *in tract. de except. part.* III. *cap.* 19. *num.* 3. ARNOLD. VINNIVS, *libr.* II. *ſelect. iur. quaeſt. cap.* 40. et Io. GOEDDAEVS, *de contrah. et committ. ſtipul. cap* 9. *num.* 103. ſed iis aduerſantur quoniam litem conteſtando nemo poſſit conditionem ſuam deteriorem reddere ac L. 10. §. 1. *D. de fideiuſſ.* fideiuſſori inficianti auxilium epiſtolae denegetur, DAVID. MEVIVS, *part.* III. *deciſ.* 362. et Io. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 51. *nr.* 8. *D. de fideiuſſoribus.*

§. XVI.

Si ſemel ſolutio eſt facta a fideiuſſore, cedi haud poſſunt ei a debitore principali actiones, quae ipſi competierunt ante ſolutionem.

1) Quaecunque actio eſt extincta, ea amplius cedi nequit: ſolutione autem, creditori facta, actiones, quae ei competerent, exſtingui, clare conſtat ex *pr. I. quib. mod. toll. obligatio.* Quum fideiuſſor prius ad ſoluendum cogi potuerit; quam ſi ipſi ceſſae ſunt actiones, ipſe ſibi imputare debet, quod hac in re haud ſibi vigilauerit; iura vero ſolum vigilantibus ſuccurrunt, ſecundum *L.* 24. *D. quae in fraud. creditor.* 3) Euidenter ſcribit MODESTINVS, *L.* 76. *D. de ſolut.* nihil ceſſione agi, vbi, ſoluta ſine vllo pacto omnigeo, quod ex cauſſa tutelae debeatur, actiones poſt interuallum ſint ceſſae. Quibus aliud placet, potiſſimum ad *L.* 36. *D. de fideiuſſor. et mandatoribus*; vel comparationem prouocant, quam in illa PAVLVS inter emtorem facit ac fide-

Digitized by Google

deiuſſorem, creditori principali ſatisfacientem ac cum hac L. 28. D. *mandati* ac *L.* 13. D. *de tut. et rat. diſtrahendis* iungunt. Inter illos nominamus MATTH. COLERVM de *proceſſu executiuo. part* I. *cap.* 10. *num.* 424. Io. KORPFEN, *deciſ. quaeſt.* 5. *num.* 5. BENED. CARPZOVIVM, *iurisprud. for. part.* II. *conſt.* XVII. *def.* 16. ANT. HERING, de *fideiuſſor. cap.* XXVIII. *num.* 35. ſqq. GEORG. AD. STRVVIVS *ſyntagm. iur. ciuil. ex.* XLVII. *theſ.* 45. Io. A SANDE, de *ceſſ. action. cap.* VII. *num.* 11. *et* 12. FRID. ES. PVFENDORFIVM, *obſ. iur. vniuerſi, tom.* I. *obs.* 130. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* III. *med.* CLII. p. 184. iis autem refragantur: Io. GOEDDAEVS, de *contrahenda et comm. ſtipulat. cap.* IX. *num.* 117. ſqq. Io. ZANGER, *tract. de exception. part.* II. *cap.* XVI. *num.* 30. Io. HENR. BERGER *oecon. iur. libr.* III. *tit.* III. §. 13. et *ſupplem. ad elect. diſcept. for. part.* I. p. 133. HENR. COCCEII *diſſ. de ceſſione actionum poſt ſolutionem occaſione* L. 39. D. *de fideiuſſ. iurit.* L. 28. D. *mandati vel contra*, quae Traiect. c IↃCCXI. primam lucem adſpexit ac dein *tom.* II. *exercitationum eius curioſarum*, p. 1176. eſt recuſa, Io. BALTH. A WERNHER, *ſelect. obſ. for. part.* I. *obſ.* 172. ac Io. LVD. SCHMIDIVS de *fideiuſſore plane non obligato, ſect.* II. *cap.* II. §. 167. p. 168. ſqq.

§. XVII.

Si creditor fideiuſſori actiones aduerſus debitorem aeque ac confideiuſſores cedere nequit, nec ille ad ſoluendum debitum est obligatus.

1) Qui actionem tertio cedere nequit, nec iſtam inſtituere poteſt contra eum, aduerſus quem ipſi competit;

Digitized by Google

tit; hoc autem dici nequit; nisi ius, ex quo quis agere vult, sit extinctum. Quis quaeso, hoc posito, statuere potest, fideiussorem esse adhuc obligatum, vbi obligatio principalis, cui accessit, est extincta? 2) Competit fideiussori, vti notum est, exceptio cedendarum actionum; nec prius obligatus est ad soluendum; quam si huic exceptioni sit satisfactum, *Nouella* 4. *cap.* 1. ista autem nunquam satisfieri nequit, si cedi actiones haud possunt. 3) Si creditor a debitore culpa sua caussa ceciderit, actione mandati nihil a mandatore consequi potest, teste PAPINIANO, *L.* 95. *§. pen. D. de solut. et liberationibus*, eiusque rei ratio ponitur in eo, quod ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere; nonne autem idem cogitari potest in fideiussore? Aduersariis contrarium placet, quod fideiussor secundum *L.* 15. §. *fin. D. de fideiuss.* nulla exceptione possit repelli. Inter dissentientes IAC. CVIACIVS, *ad Papinian. in L.* 95. §. *penult. D. de solut.* et ANTON. FABER, *libr.* XI. *coniectur. cap.* 15. locum tenent; sed nobiscum consentit SAM. DE COCCEII, *inr. controu. libr.* XLVI. *tit.* 1. *quaest.* 16.

§. XVIII.

Fideiussor haud liberatur, etsi creditor instrumentum obligationis perdiderit, ex quo agere posset contra debitorem.

Si quisquam agere potest contra debitorem, licet instrumentum, quo debitum confessus est, perdiderit, tertio potest actiones cedere; vbi autem hoc fieri potest, nec fideiussor, si ipsi actiones ceduntur, eo nomine, quod perierit instrumentum, repelli potest. Constat hoc satis superque ex iis, quae supra tradidimus; actionem

nem autem adhuc locum habere contra debitorem, non negare poſſumus, vbi perpendimus, fundamentum actionis eſſe obligationem rei, minime autem inſtrumentum, quod ad illam probandam eſt confectum ideoque eo quoque ſublato, ipſam obligationem et, quae ex iſta deſcendat, actionem ſaluam eſſe. Quoniam aduerſarii putant, fideiuſſorem prorſus conuenire non poſſe debitorem principalem amiſſo inſtrumento ii, atque in his ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 37. MATTH. BERLICH, *deciſ.* 10. 7. et PET. MVLLERVS, *ad Struu. exercitat.* XLVII. *theſ.* 41. *tom.* III. p. 612. aliter ſentiunt; ſed noſtra ſententia in ANTON. HERINGIO, *tract. de fideiuſſ. part.* III. *cap.* 27. inuenit ſautorem.

§. XVII.

Si creditor debitori ſolum terminum ſolutionis prorogauit, fideiuſſor per id non liberatur.

1) Si creditor diem prorogat, ſolum tempus exactionis differt ac diem ſolutionis alium nominat; vbi autem hoc accidit, haud noua conſtituitur obligatio; ſed manet antiqua ideoque cum ea ſeruantur eius acceſſoria. 2) Quodſi debitori, ſuo facto obligationem perpetuam facere licet, ita, vt per id ſimul continuetur fideiuſſoris obligatio, prorogare profecto etiam poteſt creditor terminum ſolutionis, licet non liberetur fideiuſſor; ſed prius patet ex *L.* 58. §. 11. *D. fideiuſſor.* 3) Fideiuſſorem, ſi ad diem ſe obligauit debitor ac creditor, poſt terminum ſolutionis, certo temporis ſpatio intermiſſo, ab eo ſolutionem petit, ad illam ipſi faciendam compelli poſſe, nemo dubitabit, ſi autem eiusmodi tacita prorogatio creditori permiſſa ſit, ſalua obligatione fideiuſ-

by Google

deiuſſoris, profecto licita quoque eſſe debet prorogatio expreſſa. Eandem rem 4) denique egregie demonſtrat *L. 7. C. de locat. et conduct.* Negat ibi Alexander ſolum, eiusmodi fideiuſſorem de poſterioris temporis periculo adſtringi ac per id tacite concedit, eum manere adhuc obligatum intuitu eius mercedis, quam ab eo adhuc tempore deberet conductor, quo contractus duraret, in quem fideiuſſor conſentit. Haec quum ita ſe habeant, nec diſtinguendum eſſe cenſemus, vtrum certo termino adiecto; an ſine vllo fideiuſſor ſe obligauerit; ſed per id a ſententia multorum iurisconſultorum deflectimus, qui, quum tali accederet fideiuſſor obligationi, eum tacite per id declaraſſe credunt, ſe nolle vltra id tempus teneri. In iis deprehendimus: IOACH. MYNSINGERVM, *centur.* VI. *obſ.* 53. ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſ.* 30. IOS. MASCARDVM, *de probation. concluſ.* CIIII. *num.* 12. VALENT. FRANCVM, *de fideiuſſoribus cap.* VI. p. 474. MATTH. BERLICH, *part.* II. *concl.* XXV. *num.* 18. NIC. CHRIST. DE LYNCKER, *part.* II. *rer. deciſ. deciſ.* 376. et Io. LVD. SCHMIDIVM, *de fideiuſſore plane non obligato*, *tit.* II. *cap.* 3. p. 211. ſed noſtram opinionem tuentur: ARN. VINNIVS, *ſel. iur. quaeſt. libr.* II. *cap.* 41. et Io. HARTM. MISLER, *diſſ. inaug. de effectu temporis circa fideiuſſorem*, §. XV.

§. XX.

Interpellato debitore principali, fideiuſſor, licet non interpellatus fuerit intra longiſſimum tempus, praeſcriptionem adlegare nequit.

Si in vno eodemque contractu, ex quo plures sunt obligati, vnius debitoris agnitio et per eam facta praescriptionis interruptio, nocet reliquis, adeo, vt omnes compelli possint ad soluendum debitum, merito quoque nocere debet agnitio debiti, a debitore facta, fideiussori; sed prius verum est ex *L. 5. C. de duobus reis* ideoque etiam posterius idque eo maiori iure, quum eadem in lege correi debendi, de quibus haec in lege est sermo, cum mandatoribus et fideiussoribus comparantur. Contrarium aduersariis adfirmatur, quod alia sit debitoris; alia autem fideiussoris obligatio; neque omnino comparari possint correi ac fideiussores. Dissentiunt cum quibusdam glossatoribus VALENTIN. FRANCVS, *de fideiussoribus; cap.* VI. *num.* 89. BENED. CARPZOV, *decis. illustr. Saxon. decis.* 34. ac Io. HENR. DE BERGER *elect. discept. for. tit.* XXXIX. *obs.* III. *not.* 7. p. 998. sed ea sententia, quam ego foueo, est illa, quae quoque adprobant DAV. MEVIVS, *part.* IV. *decis.* 189. ANT. HERING, *tract. de fideiuss. cap.* XX. §. 18. TOB. BARTHIVS, *dissens. in prax. part.* II. *diss.* 750. ac Io. LVD. SCHMIDIVS, *libr. singulari de fideiussore plane non obligato, sect.* II. *cap.* II, §. 193. p. 189.

§. XXI.

Licet fideiussor non sit interpellatus; contra eum tamen creditor post lapsum annorum triginta agere potest, vbi actio contra debitorem principalem adhuc locum habet.

1) Actioni nondum natae non currit praescriptio; actio autem contra fideiussorem non nascitur; quam si debitor principalis non soluat, id quod etiam post triginta an-

annorum lapſum fieri poteſt. 2) Natura obligationum acceſſoriarum id docet: perpetuari obligationem fideiuſſoris, vbi perpetuatur obligatio debitoris principalis, diſcimus ex *L.* 91. §. 3. *et* 4. *D. de V. O.* Ob diuerſitatem obligationum, quarum altera incumbit fideiuſſori; altera vero reo, diſſentiunt: VAL. FRANCVS, *de fideiuſſor. cap.* VI. *num.* 89. et BENED. CARPZOVIVS, *deciſ. illuſtr. libr.* I. *deciſ.* 34. cum aliis. Sed plerique iurisconſulti iis merito contradicunt.

§. XXII.

Si debitor quoque principalis obtinuit moratorium, ad id prouocare nequit fideiusſor; ſed merito ille per tempus illud, quod durat, conueniri potest.

1) Quodcunque moratorium ſtricte eſt interpretandum et ſi quoque creditori ante eius decurſum ipſum debitorem principalem conuenire haud liceat; nullo tamen modo prohibitum eſt; quominus aliam viam, ad ſolutionem perueniendi ingredi queat. 2) SCAEVOLA *L.* 60. *D. de fideiuſſ. et mandat.* reſpondit *teneri fideiuſſorem*, vbicunque reus ita liberatur a creditore, vt natura debitum maneat; manere vero debitum, etſi moratorium impetrauerit debitor, nemo negabit. Si 3) beneficium ceſſionis bonorum fideiuſſori haud vtile eſt, neque prouocare poteſt ad beneficium moratorii; prius autem patet ex §. 4. *I. de replicat.* Tandem 4) nemini profecto in mentem veniet, creditori actionem contra fideiuſſorem denegare; antequam induciae, debitori datae, ſunt praeterlapſae, ſi exceptioni ordinis renunciauit; vbi autem quóque hoc eſt haud factum, beneficium ipſi non prodeſt, ſi fideiuſſor facile conue-

niri nequit, quemadmodum inprimis illud expoſuit Io. Lvd. Schmidivs, de *fideiuſſore principaliter obligato, ſect.* II. *cap.* II. §. CXV. p. 126. Illud ſine dubio quoque adfirmatur de debitore, qui conueniri non poteſt ob moratorium. Qui contrarium adſerunt, illud ex vtroque beneficio fideiuſſorum, beneficio excuſſionis aeque ac cedendarum actionum deriuant; eo vero nomine quaeſtio, quam haec propoſitio tangit, memoratu digna eſt, quod recentiori aetate libelli academici adparuerunt, quibus illa diuerſa deciditur ratione. Quum iurisconſultus, Alb. Phil. Frickivs, *diſſ. de exceptione litterarum reſpirationis et vel debitoris fideiuſſoribus proficua*, Helmſtad. clɔlɔccLxxix. hac in re fideiuſſoribus faueret atque huic accederet Franc. Ios. Hartleben, *meditat. ad pandectas, ſpec.* XV. *med.* 7. Io. Gottfr. Sigm. Bvchnervs in lucem emiſit *einen Beweis, daſs das einem Schuldner ertheilte Moratorium denen Bürgen nichts nütze*, Gottingae, clɔlɔccLxxx. mediam vero viam eligere ſtuduit Io. Georg. Schloer, in *vindiciis veritatis, fideiuſſorem obtento a debitore principali reſcripto moratorio a creditore conueniri haud poſſe*, Moguntiae, clɔlɔccLxxxii.

MEM-

MEMBRVM TERTIVM

DE

CONTRACTV CHIROGRAPHARIO.

§. I.

In contractu chirographario fundamentum obligationis non in numeratione; ſed ſola in ſcriptura est quaerendum.

1) Quodſi numeratio eſſet fundamentum contractus chirographerii, inter illum ac contractum mutui non eſſet differentia. 2) Vbi ea cauſſa eſſet obligationis hocce in contractu, ille obligationem non producere poſſet, vbi ceſſaret numeratio; obligari autem contractu iſto etiam eos, qui nihil acceperunt, omnes experiuntur, contra quos ex eo agitur poſt bienniun. 3) Hoc ſi eſſet fundamentum litterarum obligationis, etiam probandum eſſet ab actore, propterea quod numeratio factum ſit, quod leges haud praeſumant; ſed eius demonſtratione creditor poſt biennium ſuperſedet. 4) In contractu chirographario ſcripturam obligare et ex ea naſci condictionem, imperator IVSTINIANVS, *pr. I. de litterar. obligat.* dicit. 5) Antiquioris litterarum obligationis, quae fiebat nominibus, fundamentum fuiſſe ſolam ſcripturam, certum eſt. Teſtes eius rei ſunt: CAIVS, *libr.* II. *inſtit. tit.* IX. §. I. *in iurisprud. Anteiuſt.* SCHVLTINGII, p. 144. et THEOPHILVS, *libr.* III. *paraphr. inſtit. tit.* XXI. *tom.* II. p. 668. edit. REITZII: abrogabatur deinde a IVSTINIANO, hancque ob rem iis in locis digeſtorum, in quibus illius fieret mentio, videlicet *L.* I. §. I. et *L.* 4. *D. de obligat. et act.*

act. ac *L.* 8. §. 1. *D. de fideiuſſ.* expungebatur; ſed eius in locum ſuccedebat contractus chirographarius. Quoniam, ad probandam ſolutionem contractum chirographarium introductum eſſe, ipſe THEOPHILVS *loc. memorat.* negare nequit, diſſentiunt: REINH. BACHOVIVS, ad §. 1. *Inſt. de litter. obligat.* BENED. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* XXXII. *def.* 66. NIC. HIER. GVNDLINGIVS, *in Gundlingianis*, *part.* XL. *artic.* II. p. 410. ac FRID. GOTTLIEB ZODLER, *diſſ. de vero fundamento contractus chirographarii*, Lipſ. CIↃIↃCCXLIV. noſtrae autem ſententiae fautor exiſtit SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XII. *tit.* 1. *quaeſt.* 19.

§. II.

Licet chirographum iureiurando sit munitum in litterarum obligatione; ei tamen opponi potest exceptio non numeratae pecuniae.

1) Si iureiurando chirographum quis munit, ille iurato promittit reddere, quod accepit ac per id, vbi id nondum acceperit, tacitam promiſſioni adiungit conditionem, vt prius a creditore id nanciſcatur, quod reddere ipſi pollicetur, ſecundum *L.* 94. *D. de V. S.* Quod ſi itaque creditor hanc conditionem non implet, nec debitor adſtrictus eſt vinculo iurisiurandi exceptionemque merito opponit. 2) Sacramentum illud iusiurandum eſt promiſſorium, quod pacto ſolum accedit; neque eius naturam mutat. Quum itaque litterarum obligatio, in ſe ſpectata, intra biennium exceptionem admittit, neque eam excludit litterarum contractus, iureiurando confirmatus. 3) Quum debitor antequam pecuniam acceperit, illius redditionem eadem ratione iurato, qua nude promittere poteſt, vtroque in caſu

ei

ei quoque exceptio competere debet. 4) Teſtatur id etiam *L.* 42. *C. de tranſact.* qui vero aliud exiſtimant, potiſſimum nituntur *cap.* 28. *X. de iureiur.* videlicet TRENTACINQVIVS, *libr.* III. *tit. de ſolut. reſol.* 20. *num.* 7. MATTH. COLERVS, *de proc. executiuo, part.* I. *cap.* 10. BEN. CARPZOVIO, *part.* I. *conſt.* 32. *def.* 67. ſed noſtram tuentur ſententiam: PETR. MVLLERVS, *ad Struu. exerc.* XVI. *theſ.* 53. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* III. *deciſ.* 37. IO. SCHILTER, *ex.* XXII. §. 32. LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. pol. diſp.* IV. *theſ.* 18. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XII. *tit.* 1. *qu.* 27.

§. III.

Exceptio non numeratae pecuniae post biennium, licet illam reus probare velit, non admittitur.

1) Prohibet id ratio legis, quae vſum iſtius exceptionis tam anguſtis terminis temporis *) circumſcripſit. La-

*) Ante Iuſtiniani aetatem longius temporis ſpatium debitori concedebatur ad proferendam exceptionem non numeratae pecuniae. Teſtatur hoc IVSTINIANVS partim *L.* 14. *C. de non numerata pecunia*; partim *pr. I. de litterarum obligationibus.* Quum priori loco ſolum meminit, antea conſtitutum fuiſſe, vt intra quinquennium is, qui pecuniam ſe accepiſſe confeſſus erat, exceptionem non numeratae pecuniae obicere poſſet; poſterior; quidem haud definit, quis quinquennium hoc introduxerit; verum tamen principalium conſtitutionum mentionem facit hocque modo ſatis euidenter declarat, ſub imperatoribus illud factum eſſe. THEOPHILVS addidit in *paraphras. inſtitut. libr.* III. *tit.* XXI. *tom.* II. p. 672. multas fuiſſe conſtitutiones, quae illud conſtituerent: *τοῦτο γὰς πολλαῖς βασιλέων ἐιρηται διατάξεσιν, hoc enim multis imperatorum conſtitutionibus cautum eſt*; ſed

ta erat potissimum, teste IVSTINIANO, creditorum cauſſa; ipsis autem parum prodesset litterarum obligatio; vbi contra illam admitteretur exceptio non numeratae pecu-

sed imperatores quoque, quibus eas debemus, non nominauit, vti optandum fuisset. Recentiores credunt, eos fuisse DIOCLETIANVM ac HONORIVM. Vt id probem de Diocletiano, prouocamus ad legem quamdam, quae in codice Hermogeniano ita *tit.* 1. *leg.* 1. in *iurisprudentia Anteiustiniana* ANTON. SCHVLTINGII, p. 709. ita exhibetur: *Aurelius Alexio. Ex cautione non numeratae pecuniae non annui; sed quinquennii spatio defectae, nuper censuimus. Scripta* VIII. *Id. April. Syrmio, Cuef. A. Coss.* sed si paullo curatius rem consideramus, sola est coniectura, Aurelii nomine vel Diocletianum; vel eius collegam Maximianum designari; et si quoque omnino est verosimile, Hermogenem illum iurisconsultum, qui codicem hunc iuris publici faceret, eo potissimum nomine a Gregorio se distinguere voluisse, quod solum horum imperatorum constitutiones in vnum corpus colligere voluerit; illud tamen extra omnem dubitationem haud esse positum, ingenue fateri debemus. Satis eleganter quidem ANTON. SCHVLTINGIVS, *not. ad hanc leg.* ex marmoribus, a IAN. GRVTERO, p. CLIX, CCLXXIX. et MLXXIX. in lucem protractis, animaduertit, vtrumque imperatorem nonnumquam Aurelii quoque nomen gessisse; neque minus illos plures constitutiones Sirmii, vrbe quadam Pannoniae, emisisse; verumtamen haud exempla proferre potuit, vsitatu quoque fuisse idem nomen in inscriptionibus legum, quas hi imperatores condiderunt. Frustra vel minimum id quaerimus iterum in legum inscriptionibus, quae nobis conseruatae in codicibus, Gregoriano, Hermogeniano ac Iustinianeo. Neque vero constitutiones Sirmii datas esse constat solum tempore DIOCLETIANI ac MAXIMIANI; sed codice Theodosiano innumerae continentur constitutiones, quae scriptae sunt hac in vrbe, vti constat ex IAC. GOTHOFREDI *topographia codicis Theodosiani, tom.* VI. *cod. Theod.* p. 124 ed. RITTERI, neque vlla inter eas deprehenditur lex, quae his ab imperatoribus est profecta, quum non, nisi Constantini magni eiusue successorum constitutiones complecteretur. Si vero quoque con-

pecuniae; neque eo nomine differret a mutuo. 2) Quodsi haec exceptio locum haberet, fundamentum litterarum obligationis minime in scriptura; sed in numeratione esset ponendum; hoc vero non esse adfirmandum, §. 1. demonstrauimus. 3) Quaecunque exceptio praescriptione est exstincta, illa amplius opponi nequit; praescribitur autem exceptio nostra intra biennium. 4) Si querela non numeratae pecuniae elapso biennio,

concederemus SCHVLTINGIO, legem hanc DIOCLETIANO ac MAXIMIANO esse adscribendam: prius haud existimare licet, quinquennium introductum esse hac in lege ad proferendam exceptionem non numeratae pecuniae; quam si supponamus, recte sese habere sententiam SCHVLTINGII, quod in locum vocabulorum priorum *exactione* substituendum sit *exceptionem*. illud vero mihi quoque est probabile, quoniam id notatum esse refert ad marginem editionis Lugdunensis, Parisiensis ac Genuiensis ac sine dubio illa lectio nititur libris quibusdam manuscriptis. Animus in interpretatione, legi adiecta, etiam tetigit, sermonem ibi esse de exceptione non numeratae pecuniae, et si haud ita emendare vellemus legem nostram, illa nullum profecto haberet sensum.

Haec sufficiant de DIOCLETIANO; HONORIVS vero vna cum THEODOSIO ac CONSTANTINO L. 2. *cod. Theod. Si centum petat.* nihil noui de tempore constituit, quo exceptio non numeratae pecuniae sit obiicienda; sed solum ad aetatem chirographi respiciendum esse censent, vt si *iure delata contestationibus tempora debitor tacitumus exegit, cauillationis istius perdat obstaculum*; primi tamen fuerunt, qui praescriptionis biennalis vsum in chirographis; alio tamen casu in fauorem debitoris introducerent ac per id deinde Iustiniano occasionem suppeditarent, eamdem quoque, vbi exceptio non numeratae pecuniae proponeretur, contra illam in creditorum gratiam adprobandi. Ceterum digna sunt lectu ea, quae de aetate constitutionis Iustiniani de exceptione non numeratae pecuniae profert NIC. HIERON. GVNDLINGIVS, in *Gundlingianis*, *part.* XL. p. 437.

vti; claris verbis id iubet IVSTINIANVS, *L. 14. C. de non numerata pecunia*, *nullo modo* poteſt introduci, profecto neque ita exceptio non numeratae pecuniae opponi poteſt, vt eam probare ſe offerat debitor. 5) Si legitimum tempus excesſit, debitor omni modo debitum ſoluere compellitur *L. 8. C. h. t.* hancque ob rem exceptione iſta amplius defendere ſe nequit. 6) Quando exceptio intra tempus determinatum non eſt propoſita, illa penitus euaneſcit, vti ait *L. 10. C. de non numerata pecunia* hancque ob rem etiam CONSTANTINVS HARMENOPVLVS, *libr. II. promptuar. tit. 11. num. 4.* euidenter negat, ad probationem exceptionis debitorem admittendum eſſe poſt biennium. Qui vero aliud ſtatuunt, ad corroborandam opinionem ſuam haec argumenta proferunt: quod omnis illicita exactio *L. 6. D. de offic. prdeſid.* ſit prohibita: biennii lapſus debitori plus adimere haud posſit; quam quod ex biennio habuit; neque quidquam aliud; quam praeſumtio numerationis pecuniae iſto ex lapſu oriri posſit; eiusmodi autem praeſumtio probationem contrarii haud excludat. Ex his nominandi ſunt: BENED. CARPZOVIVS, *part. I. conſt. XXXII. deſin.* 66. IO. SCHILTERVS, *exerc. XXIII. §. 31.* CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *part. I. deciſ. 21. num. 12.* CHRIST. COLERVS, *de proceſſu executivo, part. I. cap. II. num.* 253. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. tom. I. libr. XII. §. 79. p.* 788. BARTH. LEONH. SCHWENDENDOERFERVS, *de exceptione non numeratae pecuniae*, Lipſiae cIↃIↃCLXXIV. FRID. ESAIAS PVFENDORFIVS, *tom. I obſ. iuris vniuerſi, obſ. LXV. p.* 166. ac CAR. ADOLPHVS DE BRAVN. *ob es eine blos eingebildete Billigkeit ſey, wenn die Rechtsgelehrten den Beklagten nach zwey Jahren noch mit der Ausflucht des nichtbezahlten*

Gel-

Geldes hören und mit dem Beweiſe zulaſſen, in Io. Christ. Siebenkees *iuriſtiſchem Magazin*, *vol.* I. p. 216. ſed ea, quae tradidimus, probant Accvrsivs ad *L.* 3. *C. de non num. pr.* Andr. Fachinaevs, *libr.* II. *controu. cap.* 81. Hvgo Donellvs, *libr.* XIV. *commentar. iuris ciuil. cap.* 38. Nic. Hier. Gvndlingivs, in *Gundlingian. part.* XL. *obſ.* II. §. 23. Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* XII. *tit.* I. *qu.* 29. Io. Henr. Berger, *loc. mem.* Arn. Vinnio, *ſelect. iuris quaeſt. libr.* I. *cap.* 41. Io. Balth. Wernher, *part.* I. *obſ.* 60. Avg. Leyser, *ſpec.* CXXXII. *cor.* 1. Lvd. Mencke, *gymn. iuris polem. diſp.* IV. *num.* 16. quibus addas Io. Slüterum, *de exceptione non numeratae pecuniae non priuilegiata*, Gieſſ. MDCCXXXII.

§. IV.

Renunciatio exceptionis non numeratae pecuniae in instrumento facta, eam haud perimit, licet sit iurata.

Quemadmodum debitor chirographum, antequam mutuum accepit, vt eo magis creditor excitetur ad pecuniam ipſi dandam, exhibere ſolet; ita quoque eadem ratione, ante numerationem exceptionis renunciationem inſtrumento adiungere poteſt hancque ob rem ob rationem legis ad illam non reſpiciendum eſt. Ipſa renunciatio ſi modo hoc non eſt valida, neque firmari poteſt per iusiurandum, quod ei accedit. Conſentiunt: Io. Brvnnemannvs, *ad L.* 14. *C. de R. C.* ac Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* XII. *tit.* I. *qu.* 30. p. 609. ſed iis aduerſantur, quodeiusmodi debitor, qui renunciationis ſuae haud rationem habet, periurus ſit ideoque nullam mereri videatur fidem, Mod. Pistoris, *part.*

part. IIII. *quaeſt.* 11. et Ben. Carpzovivs, *part.* I. *conſt.* XXXII. *def.* 65.

§. V.

Per redditionem chirographi debitori a creditore factam, liberatio istius plene probari potest.

1) Ex ſententia Paulli, *L.* 2. §. 1. *D. de pactis*, videtur, ſi debitori meo reddiderim cautionem, inter nos conuenisse, ne peterem. 2) Statuunt quidem imperatores *L.* 14. *C. de ſolut. et liberat.* ſolutionem luculentius per apocham, de ea debitori datam; quam per chirographum redditum probari; ſed reſpiciunt ſolum ad caſum, quo iſtud ad debitorem ſine creditoris peruenerit voluntate et nihilominus eiusmodi redditioni etiam effectum tribuunt liberationis. 3) In *L.* 15. *C. de ſolut.* ſolummodo creditori eiusmodi redditionem nocere, negatur, vbi facta ſit contra eius voluntatem. 4) Claris verbis id teſtatur *L.* 7. *C. de remiſſ. pignoris.* Quoniam debitor alia ex cauſſa accipere potuit chirographum, ab hac ſententia diſcedunt: Ant. Faber, *libr.* VII. *cod. Sabaud. tit.* 30. *def.* 28. Dav. Mevivs, *part.* 11. *deciſ.* 242. et Petr. Mvllervs, *ad Strvv. exercit.* XLVII. §. 76. ſed ſententia a nobis expoſita probatur a Wolfg. Ad. Lavterbachio, *de tacito pacto remiſſorio ex redditione chirographi praeſumto*, Tubing. cIↃIↃCLXVII. quae diſſertatio in *tom.* I. eius *diſſertation. nr.* 10. reperitur, Avg. Leysero, *ſpec.* CCCXCIV. *med.* 2. atque aliis, quibus Io. Iac. Scherzivm, *diſſ. de redditione chirographi*, Arg. cIↃIↃCCXXXIV. addas.

MEM.

Digitized by Google

MEMBRVM QVARTVM

DE

CONTRACTIBVS CONSENSVALIBVS.

SVBSECTIO PRIMA

DE

EMTIONE VENDITIONE.

---

§. I.

Scriptvra ad perficiendam emtionem venditionem prius haud requiritur; quam si inter partes conuenit expresse, quod perfectus esse debeat contractus, vbi in scripturam sit redactus.

Imperator Ivstinianvs id, quod modo tradidimus, clare confirmat *L. 17. C. de fide instrumentor.* quum vno eius loco verba: *quas tamen in scriptis fieri placuit;* altero autem: *quas in instrumento recipi placuit* profert ideoque conuentionem expressam supponit; antequam scriptura ad perfectionem contractus requiratur. Memoratu digna est positio vel eo nomine, quod de ea litigauerint iurisconsulti magni nominis, videlicet Io. Brvnnemannvs, Gvil. Leyservs ac Samvel Strvckivs. Scripta, quae hoc de iure iuris publici fecerunt, supra iam p. 446. a me sunt indicata: ceterum euoluendi hac de re sunt: Io. Henr. Bergervs, *resolut. leg. obstant. libr.* XVIII. *tit.* 1. p. 188. Sam. de Cocceii, *interpr. controu. libr.* XVIII. *tit.* 11. p. 816.

et

et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniuerſi*, *tom.* II. *obſ.* 52. p. 212.

§. II.

Emtio venditio, a medico cum aegroto inita, non est inualida.

1) Qui liberam rerum ſuarum habent adminiſtrationem liberamque voluntatem eas vendendi, ii ſine dubio emtionem venditionem, vbi eam celebrant, valide celebrant; illud autem aegroto, propterea quod aegrotus ſit ac cum medico contrahat, non denegare poſſumus. 2) Quibus non prohibitum eſt ſpeciatim legibus, emtionem venditionem celebrare, ii eam merito celebrare poſſunt; medico autem id vetitum haud eſt, quamuis legibus *L.* 3. *D. extraord. cognition.* et *L.* 9. *C. de profeſſor. et medicis* ac *L.* 6. §. 2. *C. de poſtulando* factum eſſe, arbitrentur FACHINAEVS, *libr.* 11. *controu. cap.* 25. HARPRECHT, *ad pr. I. de emt. vendit.* ZOESIVS, atque alii. Nobiscum faciunt SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. ſect.* 11. *cap.* 8. §. v. p. 243. AVG. LEYSER, *ſpec.* CLXXXIX. *med.* 8. 9. 10. GEORG. LVD. DE KORNATOWSKY, *de valore emt. venditionis inter medicum et aegrotum celebrata*, Lipſ. CIↃIↃCCXXXIX. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* II. *med.* XCVI. p. 217.

§. III.

Licet quis rem alienam animo, eam in gratiam domini ſui emendi ac huic, restituto pretio, restituendi, sibi comparauit, contra dominum eam vindicantem exceptione pretii non ſoluti tueri ſe nequit.

Quae

Quae hac de re cauta ſunt in *L.* 23. *C. de R. V.* ita ſunt comparata, vt quoque obtineant, ſi quis negotium domini hac in emtione gerere voluerit; nihilominus contrarium ab aduerſariis adſeritur, quod vtiliter negotium geſtum ſit hocque caſu repetete poſſit negotiorum geſtor, quod impendit, *L.* 11. *C. de negotiis geſtis*: dominus vindicans rem ſuam a poſſeſſore regulariter teneatur ipſi reſtituere pretium, in vtilitatem rei conuerſum; neque habeat dominus, de quo queri poſſit, quum emtio ei multum profuerit ac per id impeditum ſit, ne dominus re ſua penitus priuaretur. Aliter ſentiunt praeter quosdam antiquiores interpretes Iac. Menochivs, *libr.* v. *praeſ. cap.* 29. Bened. Carpzovivs, *part.* iv. *conſt.* xlix. *def.* 7. Sigism. Finckelthavsivs, *obſ.* 57. atque alii: ſed his repugnant Dan. Mollervs *libr.* iii. *ſemeſtr. cap.* 10. Christ. Phil. Richter, *deciſ.* 96. Io. Stravchivs *diſſ.* vi. *theſ.* 34. ac Io. Schilterus, *ex.* xvi. *theſ.* 62. ſq.

§. IV.

Si res, de qua emtio est celebrata, in commercio haud est, hocque vtrique contrahenti tempore contractus initi est cognitum, venditor emtori ad praestandum id, quod interest, haud obligatus est.

Vel contractus; vel dolus cauſſa eſſe debet, cur quis in praeſtationem eius, quod intereſt, ſit condemnandus. Ille deficit hoc in caſu, propterea quod emtio de re, quae vel plane non; vel in commercio haud exiſtit, celebrata, eſt nulla, *L.* 14. *et* 15. *D. de contrah. emt.* Quonam vero pacto dolum; ſiue propoſitum alte-

alteri nocendi, cogitare poſſumus, vbi alteri parti non fuit ignotum, rem eſſe extra commercium: ipſe ſibi imputare debeat, quod cum altero contraxerit et itaque damnum, quod quis culpa ipſius ſenſit, ſentire non videatur? Qui aliud ſtatuunt, prouocant potiſſimum ad id, quod ſecundum *L.* 34. §. 3. *L.* 62. §. 1. ac *L.* 70. *D. de contrahenda emt.* ex tali negotio agi poſſit, licet res tempore contractus in commercio non fuerit, WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. practic. tit. ff. de contrah. emt. vendit.* §. XVIII. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. tom.* 1. *ex.* XXIII. *theſ.* 9. p. 502. GEORG. FRANZKIVS, *ad tit. ff. de contrah. emt. vendit. num.* 67. ſed, quam tuemur, ſententia placet SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* XVIII. *tit.* 1. *quaeſt.* 23. p. 824.

§. V.

Si quis nomen ſibi pro minore pretio adquirit atque ob legem Anaſtaſianam eam partem nominis exigere potest, quae datum pretium haud ſuperat: reliquam retinet debitor ceſſus.

1) Clare cautum eſt ab imperatore, *L.* 23. §. 2. *C. mandati*, quod ſi debitor id, quod dedit ceſſionarius perſoluit, *nulla contra eum; vel eius ſubſtantiam oriri debeat moleſtia.* 2) Renunciauit cedens iuri ſuo et licet ius exigendi reliquam partem transferre non potuerit in ceſſionarium, ad renunciata regredi non poteſt; hoc autem facto nihil reſtat; quam vt retineat debitor, quod alioquin cedenti debuerat. Tandem 3) liquet idem ex *authentica minoris C. qui. dar. tutor.* nihilominus tamen aduerſarii repugnant huic ſententiae.

Tres

Tres in classes sunt scribendi. Quum in primam cadunt, qui cedentem reliquam partem exigere posse putant, quod cessio in residuo secundum *L.* 22. *C. mandati* non valeat ac si ius cessum haud transire possit ad cessionarium, illud penes cedentem remaneat ob *L.* 2. *D. de religiosis* hacque poena haud cedens adficiatur *L.* 23. *C. mandati*, videlicet IAC. MENOCHIVS, *libr.* III. *praes.* 129. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *const.* XXX. *def.* 37. MATTH. BERLICHIVS, *decis.* XXXV. *num.* 3. atque secunda eos comprehendit, quicum CARPZOVIO, *libr.* I. *resp.* 33. reliquam hanc partem fisco tribuunt, quod omnis mulcta fisco competat atque amissio superflui sit mulcta hacque in re ab eo, quod valeat de contractis vsurariis, ad cessionem talem sit consequentia. Tandem in tertiam veniunt WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XVIII. *tit.* I. §. 76. SIG. FINCKELTHAVSIVS, *obs.* 17. ac LVD. MENCKE, in *gymnasio polemico iuris*, *disp.* VII. *thes.* 19. quum distinguunt, vtrum venditor aeque ac emtor collusionis cuiusdam participes se reddiderint in fraudem legis; an id haud sit factum et residuum priori in casu debitori adsignant; posteriori autem illud cedenti; a debitore exigere permittunt. Nostram sententiam tuentur IAC. CVIACIVS, *libr.* X. *obseruat. iuris*, *cap.* III. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXIII. *thes.* 80. ac Io. SCHILTERVS, *prax. iuris Romani*, *exerc.* XXX. §. 86.

§. VI.

Qui nomen cedit, non solum intuitu veritatis; sed etiam bonitatis euictionem praestare debet.

1) Si venditio eſt nulla rei, quae non exſtitit, tempore emtionis, L. 57. *D. de contrah. vendit.* etiam ceſſio eſt nulla, ſi nomen exigi haud amplius potuit, vbi facta eſt ceſſio. 2) Si euictio praeſtanda eſt in debito conditionato, vbi, antequam conditio exiſtat, debitor ſoluendo eſſe deſinit, merito quoque id de debito puro eſt adfirmandum, vbi ad incitas debitor eſt redactus; antequam facta ſit ceſſio; illud autem haud obſcure diſcimus ex *L.* 43. *§.* 3. *D. ſoluto matrimon.* 3) Neque aliud argumentamur ex *L.* 49. *pr. D. ſoluto matrim.* Quum eius ex ſententia mulier, quae loco dotis inſtrumentum dedit, eam repetere nequit, ſi nomen exigere haud potuit: etiam nihil actum eſt, vbi alia ceſſio facta eſt nominis, quod exigi haud poteſt et pretium, quod cedens pro illo accepit, cedentem reſtituere oportet. Contrarium aduerſarii colligere ſtudent ex eo, quod venditor nominis *L.* 74. *§.* 3. *D. de euiction.* ſolum vt ſit, non, vt exigi etiam aliquid posſit, praeſtare cogitur: 2) CELSVS ſcribat *L.* 4. *D. de hered. vel act. vend.* venditorem nominis non praeſtare debere, locupletem eſſe debitorem: 3) emtori periculum nominis tribuatur *L.* 96. *§.* 2. *D. de ſolut.* neque minus 4) omne lucrum ac diſpendium, *L.* 31. *D. de act. emti.* Diſſentiunt: DAVID. MEVIVS, *diſcuſſ. leuamin. inopiae debitorum*, *cap.* VII. *num.* 30. NIC. BVRGVNDVS, *de euict. cap* 11. *num.* 1. SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. digeſt. libr.* XVIII. *tit.* IIII. §. 7. ſqq. IO. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XVIII. *tit.* IIII. *quaeſt.* 19. p. 345. AVG. LEYSERVS, *ſpecim.* CXCIX. *med.* 3. *tom.* III. p. 514. ERN. RVD. BRENNEYSEN, *diſſ. de praeſtat. euictionis in ceſſione nominis*, Halae CIↃIↃCXCVI. ac HERM. ZOLLIVS, ad *L.* 4. *D. de hered. vel act.* Rint. CIↃIↃCCVII. Sed contra horum argumenta noſtram ſententiam

tentiam inprimis defendit I. T. WORTENHOF, *diss. qua doctrina de cedente ad cessi nominis bonitatem praestandam non obligato, sub examen reuocatur*, Traiecti ad Rhenum cIↃIↃCLI. quae in GERH. OELRICHS, *thesaur. nouum diss. iuridicar. vol.* I. *tom.* I. p. 309. est translata.

§. VII.

Ius accrescendi emtori hereditatis ita non competit, vt coheredis deficientis portionem capiat.

1) Ius accrescendi, quod in portionibus coheredum obtinet, solum heredibus prodest; sed iis adnumerari nequit emtor hereditatis, quum, vbi quoque hereditas est vendita, venditor manet heres, *L.* 88. *D. de hered. instituend. L.* 7. §. 10. *D. de minoribus.* 2) Accrescit vacans portio coheredi, qui adiit hereditatem, siue eam restituat; siue illam retineat, secundum L. 43. *D ad SC. Trebell.* 3) Venditor hereditatis eius emtori ea tantum praestare tenetur, quae ad hereditatem tempore emtionis venditionis pertinuerunt *L.* 2. §. 1. *D. de heredit. vel act. vendit.* sed eiusmodi portio ad hereditatem nondum pertinuit, si ei deinde primum adcrescat. 4) Quum portio hereditatis vacans, vbi altera ab herede fiduciario fideicommissario sponte sit restituta, illi; minime autem huic accrescit, licet ad fideicommissarium pars hereditatis ex testatoris voluntate peruenerit, vti docet IAC. CVIACIVS, *libr.* XII. *obseruat. cap.* 12. et 13. multo maiori iure vacantem portionem poscere potest hereditatis venditor; aliud autem ab aduersariis adfirmatur, quod 1) venditione hereditatis a venditore in emtorem omnia transferantur iura, quae venditor,

tamquam heres exercere potuit ac eorum in cenſum ſine dubio ſcribendum quoque ſit ius adcreſcendi: 2) non ſolum reſtituendum ſit emtori id, quod ad heredem perueniat; ſed illud quoque, quod quandoque peruenerit ex ſententia *L. 2. §. 4. D. de hered. vel act. venditae:* ſi 3) emtor vicem heredis obtineat, merito quoque ipſi competat ius adcreſcendi, quoniam heredi illud profecto haud denegetur; ſed prius conſtet ex *L. 2. §. 18. D. de hered. vel act. vendita.* ac ſi quoque 4) quisquam differentiae rationem habere vellet, quae eſt inter heredem atque emtorem, haud adcreſcat portio vacans ipſi heredi; ſed hereditatis portionibus reliquis, ſecundum *L. 23. §. 1. D. de vſufructu* ac *L. 83. D. de adquir. vel omitt. hered.* has autem haud poſſideat heres; ſed potius hereditatis, ſi ea ſemel vendita, emtor. Diſſentiunt: Franc. Dvarenvs, *de iure adcreſcendi, libr.* 11. *cap.* 6. Io. Robertvs, *libr.* 111. *animaduerſ. iur. ciuil. cap.* 12. Io. Harprechtvs, *ad §. 5. et vlt. I. de emtion. vendition. num.* 23. ſq. Io. Schiltervs, *prax. iuris Roman.* p. 258. Helfr. Vlr. Hvnnivs, *reſolut. iuris ciuilis libr.* 111. *tractat.* vii. *praef.* 1. *quaeſt.* 8. p. 895. Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* xviii. *tit.* 1111. *quaeſt.* 8. p. 860. Gottl. Lvd. Menckenivs, *diſſ. de iure adcreſcendi vendita hereditate ad emtorem pertinente*, Lipſ. cIↃIↃCXLVII. Balth. Branchv, *obſ. iur. Rom. dec.* 1. *cap.* 2. p. 5. atque auctores der *Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* 1. *med.* viii. p. 49. ſed noſtra ſententia placet Arnold. Vinnio, *libr.* 1. *ſel. quaeſt. cap.* 55. Reinh. Bachovio, *ad Treutler. vol.* 1. *diſp.* 28. *theſ. vlt.* Henr. Harnio, *ad Weſenbec. tit. de act. vel hered. vend. num.* 4. Wolfg. Ad. Lavterbachio, *colleg. theoret. practic. libr.* xviii. *tit.* 1111. §. 9. ſqq. Ioann. Lv-

LVDOV. ERNEST. PVTTMANNO, *diſſ. de iure adcreſcendi ad emtorem hereditatis haud pertinente*, Lipſiae, CIↃIↃCCLXXX.

§. VIII.

Fundus cum instrumento venditus in dubio non cenſetur.

1) Quicquid non eſt fundi, illud, vendito fundo, venditum non praeſumitur *L.* 17. §. 2. *D. de act. emti venditi;* ſed inſtrumentum non eſt fundi et diſtinguitur ab iis, quae ad fundum pertinere ſolent atque his opponitur, *L.* 17. *pr. D. de act. emti.* 2) Quicquid legato praedio, legatario non cedit, id nec competit, vendito fundo, venditori; ſed denegantur illi praediorum *dotes;* ſiue omnia inſtrumenta, quibus ad fructus quaerendos opus eſt, veluti in vineis: pedamenta et vimina: in agris occas, aratrum et ſimile, vt ita vocabulum *dotes* tam ex COLVMELLA, *libr.* IIII. *cap.* 3. et *libr.* IIII. *cap.* 30. quam ex legibus, L. 20. §. 1. et 2. *D. de inſtruct. vel inſtrument. legato* ac *L.* 52. §. 2. D. *de fideiuſſ.* explicant CORN. VAN BYNCKERSHOECK, *libr.* VI. *obſeruat. iur. Roman. cap.* 9. et 10. GOTTL. HEINECCIVS, *ad Briſſon. dictionar. voc. dos*, p. 364. 3) Fundo legato, inſtrumentum eius non aliter legato cedit; niſi ſpeciatim expreſſum ſit, *L.* 14. *D. de ſupell. legat.* Sunt, qui ob *L.* 17. §. 7. *D. de act. emti* aliasue leges aliud ſtatuunt, vt obſeruat Io. SCHILTERVS; *prax. iur. Rom. ex.* XXX. *theſ.* 130. noſtram autem ſententiam fouet AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCIX. *med.* 9.

§. IX.

Etsi emtio venditio, vbi loco pretii pro re alia res, aestimata, datur, non fiat permutatio; sed maneat emtio venditio; ipsa tamen aestimatio rei, quae pro altera datur, initio facta, haud mutat permutationem in emtionem.

Prius membrum extra omnem dubitationem positum, quum 1) vniuscuiusque contractus initium potissimum spectandum esse et caussam, docet *L.* 8. *pr. D. mandati.* 2) In *L.* 9. *C. de rescindenda emtione vendit* claris verbis dicitur, contractum non fieri irritum, si pretii caussa non pecunia numerata; sed pro ea pecora in solutum dantur atque 3) aestimationem facere emtionem, regula est, quae traditur in *L.* 1. *C. de iure dotium*, ac *L.* 1. *C. de rer. permutat.* neque vero minus certum est membrum posterius, quoniam nulla cogitari potest emtio, in qua non sit pretium definitum. Quum prius communis est opinio doctorum: posteriori opponere solent aduersarii, quod aestimatio faciat emtionem, secundum *L.* 1 *C. de iur. dot.* ac *L.* 11. *C. de pactis: L.* 9. *C. de contrah emt. vend. placiti* mentio fiat *pretii* ac *L.* 1. *C. de rer. permut.* permutationem tum demum obtinere statuitur, *quum venalis possessio non esset.* Inter aduersarios solum antiquiores iurisperiti reperiuntur, BARTOLVS, BALDVS, FVLGOSVS ac praeter eos ANDR. ALCIATVS ad *L.* 9. *D. si certum petatur* et ANDR. TIRAQVELLVS, *de retract.* §. 1. *gloss.* 14. Sed iis contradicunt FRANC. MANTICA, de *tacitis et ambiguis conuent. libr.* IV. *tit.* XIX. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XVIII. *tit.* 1. §. 40. ac IO. HENR. BER-

BERGER, *resolut. leg. obstant. libr.* XVIII. *tit.* 1. *quaest.* 7.

§. X.

Fides in emtione venditione a venditore intuitu pretii habita non praesumitur ideoque is, qui ea nititur, illam probare debet.

1) Vbi de praesumtione est sermo, quae eum, qui illa nititur, probandi onere liberat, semper praesumtio iuris intelligenda est, quumque haec non cogitari potest, nisi existat lex, quae illam adprobat, thesin hanc merito adfirmamus, quoniam lex, quae eiusmodi praesumtionem adprobaret, non existit. 2) Si emtionem venditionem init venditor remque emtori tradit, illam non; nisi ea conditione tradere praesumitur; quam vt accipiat, quod in rei compensationem promisit emtor propter veram naturam atque indolem emtionis venditionis. Quodsi denique 3) glossae auctoritatem quamdam tribuere licet, illa ad *L.* 19. *D. de contrah. emt. in verb. satisfactio* non minus eiusmodi praesumtionem fidei habitae negat. Dissentit IAC. MENOCHIVS, *libr.* III. *praesumt.* 79. sed nostram sententiam tuetur cum aliis SAM. STRYCKIVS, *diss. de fide habita*, Francof. CIↃIↃCLXXVIII. Deprehenditur illa in *vol.* III. *dissertationum Francofurtensium*, *nr.* 16. cui addas HIERON. FRID. SCHORCHIVM, *de eo, quod iustum est circa venditionem, fide de pretio habita*, Erfordiae, CIↃIↃCCXLIV.

§. XI.

In ementis; vel vendentis arbitrium emtio venditio conferri nequit.

1) Si conditio comparandi in voluntatem ementis; aut vendentis confertur, obligatio nulla eſt, *L.* 13. *C. de contrahend. emtione et venditione.* 2) Nulla eſt venditio, ſi emtor ſtipulanti ſpondeat: *ſi voluero, decem dabo*, *L.* 7. *D. de contrahend. emt.* 3) CAIVS, *L.* 35. *§.* 1. *D. de contrahend. emt.* negotium, in quo venditor alteri rem vendere vult, *quanti velis, quanti aequum putaueris, quanti aeſtimaueris*, vocat imperfectum, id eſt, nullum. Nam imperfectum ſaepenumero veteres adhibent de eo, quod eſt inualidum et nullius momenti, *L.* 7. *D. de mort. cauſſ. donat. L.* 14. *D. de acceptilat. L.* 9. *D. de contrah. emtion.* Qui aliud ſtatuunt, argumentum ex *L.* 24. *pr. D. loc. L.* 7. *pr. D. de contrah. emtion. L.* 22. *D. de R. I. L.* 30. *D. de operis libertor.* ac *L.* 6. *D. pro ſocio*, petere ſolent ac in his ſunt BERN. SCOTANVS *ad dig. diſp.* XXXVI. *theſ.* 4. ac HVG. DONELLVS, *libr.* XIII. *commentar. iur. ciuil. cap.* 1. Noſtram autem probant ſententiam Io. HENR. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XVIII. *tit.* 1. p. 297. LVD. MENCKE, *gymnaſ. pol. iur. diſp.* VII. *theſ.* X. ac SAM. DE COCCEII, *libr.* XIII. *iur. controu. tit.* 1. *qu.* 24.

§. XII.

Si emtori venditor rem venditam tradere recuſat, quanti illam aeſtimet, emtor iurato id aſſerere hocque ab venditore petere potest.

1) Si venditor officio ſuo ſatisfacere poſſet, vbi id ſaltim, quod emtoris intereſt, rem venditam haud tradi, ſoluere vellet, reuera creditori inuito aliud pro alio ſolueretur; verumenimuero illud nullo modo adfirmandum eſt. 2) In omnibus actionibus, quibus quid reſti-

reſtituendum eſt, locum habet hocce iusiurandum; re-uera autem actio emti tendit ad quidquam reſtituendum, quum ea huius vocabuli eſt vis ac poteſtas, vt non ſolum denotet, reddere quidquam, quod alteri antea iam competit; ſed ſignificet quoque, rem generatim tradere ac praeſtare. Euidenter hoc docent: *L. vn. C. de ſuffrag.* *L.* 8. *in fin. C. de act. emti*: *L.* 2. *C. vnde vi*: *L.* 82. *§.* 1. *D. de V. O.* aliaque effata, quae excitat BARN. BRISSON, *de verborum ſignificat. libr.* XVI. p. 1202. ed. HEINECCII. 3) Actionem emti actionem bonae fidei eſſe, nemo negabit: quanam vero ratione ab ea excludere poſſumus iusiurandum in litem, quod generatim in omnibus bonae fidei iudiciis locum habere ſtatuit MARCIANVS, *L.* 5. *D. de in litem iurando*? Quoniam non claris verbis iusiurandum in litem conceditur in cauſis emtionum ac *L.* 4. *C. de act. emti* accedit a noſtra ſententia, a Io. MYNSINGERO, *cent.* I. *obſ.* 53. HENRIC. HAHNIO, *ad Weſenbecium, tit. de act. emti et vend. nr.* 3. WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *loc. cit.* probata, remoti ſunt: GEORG. AD. STRVVIVS, *exercitat.* XXIII. *theſ.* 106. GEORG. FRANZKIVS, *ad tit. D. de in litem iurando:* REINH. BACHOVIVS, *ad Treutlerum vol.* I. *diſp.* XXI. *theſ.* 12. *litt. a* ANTON. PEREZ, *comm. in cod. tit. in litem iurando, num.* 4. ANT. FABER, *deciſ.* XVII. *error.* 9. Io. BRVNNEMANNVS, *comment. ad L.* 5. *D. de in litem iurando*: HVGO DONELLVS, *libr.* XXVI. *comment. cap.* 8. atque alii.

§. XIII.

Si mercator de mercibus, emtori traditis, fidem habuit, diemque ſolutionis partes determinarunt, vſuras pretii ab hac ſaltim die pete-

re potest; vbi vero fides non sit habita, a die statim traditionis vsuras poscere potest; nisi aliud inter eos est conuentum.

Concludimus illud partim ex eo, quod vsurae cogitari nequeunt; nisi adsit mora; vel conuentio; vbi vero alterutra adest, eae quoque locum habeant; partim ex eo, quod eiusmodi negotium, inter mercatorem ac emtorem celebratum, sit emtio venditio atque id, quod de emtione generatim spectata valet, etiam adplicari debeat ad emtionem mercium. Plures sunt iurisconsulti, qui quaestionem de vsuris pretii in medium protulerunt quumque distinctio, quam modo protuli, placuit Io. Henr. Bergero, *oecon. iuris*, *libr.* III. *tit.* VIII. *thes.* 9. Io. Balth. Wernhero, *part.* VI. *obs.* 426. ac Dav. Georg. Strvben, in *den rechtl. Bedencken*, *tom.* III. *Bed.* 31. aduersarios plures in classes scribere possumus. Primam constituunt, qui ob *L.* 13. §. 20. *D.* ac *L.* 5. *C. de act. emti*, nec non *L.* 18. §. 1. *D. de vsuris* mercatori vsuras penitus adiudicant, cum iurisconsultis Erfordiensibus apud Christ. Frid. Imman. Schorchivm, *collect. responsor. facultat. iurid. Erfordiens. sent.* 240. In secundam cadunt, qui post anni lapsum mercatorem vsuras exigere posse putant, quod inter eos vsitatum esse ferunt, vt fidem habeant de pretio emtori per anni spatium, nimirum Avg. Leyservs, *spec.* CCXI. *med.* 7. ac Io. Christ. Lvd. Fresenivs in *den Meditationen für Rechtsgelehrten*, *libr.* II. *num.* 4. In tertia adparent ii, qui ob id, quod alioquin de mora in legibus traditur, ex interpellatione oriunda ac de vsuris, ob illam soluendis a tempore interpellationis mercatori, vsuras mercatoribus deberi tradunt; veruntamen haud conueniunt, vtrum iudicia-

dicialis interpellatio ſit neceſſaria; an extraiudicialis ſufficiat, videlicet Io. BRVNNEMANNVS, *centur.* III. *deciſ.* 31. ac Io. HENR. BERGERVS, *elect. diſceptat. for.* p. 827. ac *reſolut. Lauterbach.* p. 497. Tandem quarta claſſis comprehendit, qui mercatoribus vſuras prorſus denegant, nimirum DAVID. MEVIVS, *part.* III. *deciſ.* II. CHRIST. PHIL. RICHTER, *deciſ.* LXXIV. *num.* 92. GEORG. AD. STRVVIVS *ex.* XXIV. *theſ.* 48. ac iurisconſulti Tubingenſes, *vol.* III. *conſ.* 291. *nr.* 72. Speciatim quaeſtionem hanc eruere ſtuduerunt, TRAVG. THOMASIVS, *problem. iurid. an mercator vſuras pretii exigere poſſit*, Lipſiae CIↃIↃCCXXXIV. CHR. GOTTH. GVTSCHMID, *diſſ. de iuribus mercatorum in exigendis vſuris ex mora*, Lipſ. CIↃIↃCCXV. et GER. BROECKEL, diſſ. de *vſuris pretii an et a quonam tempore mercator illas exigere poſſit?* Gottingae, CIↃIↃCCLXX.

§. XIV.

Etiam is emtor vſuras pretii ſoluere debet, qui illud ſolum propter imminens periculum euictionis retinet.

Emtor ad vſuras pretii a tempore perfectae emtionis ſoluendas eſt obligatus, quamdiu venditori ratione pretii haud ſatis fecerit; illud vero non obtinet, ſi retinet pretium, licet iuſtas habeat cauſſas, ſibi proſpiciendi ob imminens periculum. Aliud colligi ſolet ex *L.* 24. *C. de euictionibus* eamdemque ob rem non minus hac in re eſt diſſidium, ita, vt LVD. MENCKE, *gymnaſio iuris polem. diſſ.* XIV. *theſ.* 2. aduerſariam defendat ſententiam; noſtrae autem ſententiae adhaerent DIDAC. COVARRVVIAS, *var. reſol. libr.* III. *cap.* 4.

ANDR.

ANDR. FACHINAEVS, *libr.* II. *controu. cap.* 31. ac BENEDICT. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* 34. *def.* 38.

§. XV.

Etsi emtor nullos ex re vendita fructus perceperit; vſuras tamen pretii ſoluere debet.

Vbi lex non diſtinguit, nec iurisconſultus diſtinguere debet. Leges clare praeſcribunt emtori, vt vſuras pretii ſoluat, ſi non illud eo, quo debuit, tempore ſoluit, videlicet *L.* 13. §. 20. *D.* ac *L.* 5. *C. de act. emti venditi*, *L.* 18. §. 1. *D. de vſuris* et *L.* 2. *C. de vſuris* quumque haud id imperant ob fructus, quos ex re emtor percepit; neque diſtinguunt, vtrum illi percepti ſint; an id haud factum ſit, nec iurisconſulti eſt, hoc modo diſtinctionem facere. Contrarium ſtatuitur partim ex ratione, *L.* 13. §. 20. *D. de act. emti venditi* adlegata, cur vſurae ſint ab venditore petendae; partim ex verbis *L.* 5. *C. de act. emti venditi*, quibus perceptorum fructuum rationem generalſe ſtatuitur vſuras, quas emtor reſtituere compellatur. Ita ſentiunt DIDAC. COVARRVVIAS, *libr.* III. *reſolut. cap.* 4. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* II. *controuerſiar. iuris*, *cap.* 32. MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *concluſ.* 38. *num.* 14. Sed illis refragantur PAVLL. CHRISTINAEVS, *deciſ. vol.* III. *dec.* 75. SAM. COCCEII, *iur. controuerſ. libr.* XIX. *tit.* I. *qu.* 18. DAV. MEVIVS, *part.* VI. *dec.* 33. AVG. LEYSERVS. *ſpec.* CCXI. *num.* I. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. *med.* CCXXIX. p. 173.

§. XVI.

§. XVI.

Ab emtione venditione vnus contrahentium contra alterius voluntatem discedere nequit, etsi quoque huic relinquere vellet arrham.

Quum emtio venditio sit pactum hocque non; nisi mutuo dissensu tolli potest, nemo nostram sententiam, vti speramus, in dubium vocabit, si de arrha non conuenerint partes. Neque vero aliud statuendum est, si hoc sit factum. Arrha enim datur, vt eo euidentius probari queat, conuenisse partes, *L.* 35. *D. de contrah. emtione*; vbi autem inierint conuentionem, et quidem eam, quae habet caussam, iure ciuili obligatoriam, ac formam, lege praescriptam, in ea poenitentia amplius locum haud habet; qui vero aliud statuunt, ad *L.* 6. *C. de rescind. emt. vendit. pr. I. de emt. vend.* ac *L.* 17. *C. de fide instrum.* prouocant. Nobiscum conspirant praeter WESENBECIVM et ANTON. FABRVM, MATTH. BERLICH *decis.* 44. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* III. *decis.* 70. TOB. BARTHIVS, *dissensuum in prax. cent.* VIII. *diss.* 710. Io. HENR. BERGERVS, *resolut. leg. obstantium, libr.* XVIII. *tit.* I. *quaest.* 12. p. 299. HELFR. VLR. HVNNIVS, *resolut. iuris variar. libr.* III. *tractat.* VII. *part.* I. *quaest.* 9. p. 899. HENR. CHRIST. STRYCKIVS, *interesse controuersiar.* p. 214. sqq. CAR. FERD. HOMMELIVS *rhapsod.* 329. ac inprimis CHRIST. THOMASIVS, *diss. de pactis emtionum*, Halae, clcIↃccII. Recentiore aetate huic se opposuit CAR. AD. DIMMERVS, *com. iurid. de arrhis, emtionum imperfectarum, opposita Thomasii dissertationi de pactis emtionum*, Gotting. clcIↃccLXVII. Ante eum idem docuerunt Io.

BRVN-

BRVNNEMANNVS, ad *L.* 17. *C. de fide inſtrum.* ANDR. FACHINAEVS, *libr.* 11. *controu. cap.* 28. ac AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCIV. *med.* 1. quibus Io. REVTERVM, *diſſ. de arrha pacto imperfecto data*, Halae, clɔ lɔccxlvii. et Io. HENR. FELTZIVM, *diſſ. excerpta controuerſiarum illuſtr. de arrhis*, Argent. clɔ lɔccviii. addas.

§. XVII.

Etſi venditor dominium in ſecuritatem pretii nondum ſoluti reſeruauerit; caſum tamen rei venditae haud ferre debet.

Vbi emtio venditio eſt perfecta, ibi commodum aeque ac incommodum ſuſcipere debet emtor, ſecundum *L.* 8. *D.* ac *L.* 1. 4. ac 5. *C. de peric. et commodo rei venditae*: nemo vero negabit, venditionem illam eſſe perfectam, quod in illa eiusmodi reſeruatio facta ſit dominii. Accedit, quod ſolum reſeruatio dominii ſolum ſecuritatis ſiat cauſſa ac comparari ſoleat cum reſeruatione hypothecae: immo plerumque coniungatur. Merito itaque a iure hypothecae concludi debet ad eiusmodi dominium reſeruatum quumque illud nunquam creditori onus imponit ferendi caſum: nec id de reſeruato dominio ſtatui debet. Quibus aliud placet, ad ſatis notam regulam confugiunt, quod dominus caſum ferre debeat ac quaelibet res domino ſuo ſecundum *L.* 9. *C. de pignerat. act.* pereat ac cum hac coniungunt, quae de periculo rei ſub conditione vendita *L.* 8. *D. de peric. et commodo rei vendit.* traduntur. Inter illos eminent BENED. CARPZOVIVS, *libr.* 1. *reſp.* 108. ac Io. SCHILTERVS, *ex.* XXX. *§.* 57. ſed iis refragantur GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntag. iuris ciuil. ex.* XXIII. *§.* 98. Io.

BRVN-

BRVNNEMANNVS, ad *L. 8. D. de peric. et commodo rei vend. num.* 8. SAM. STRYCKIVS *de cautel. contract. sect.* II. *cap.* 8. §. 25. LVD. MENCKE, in *gymnas. polem. iuris, disp.* XIII. *thes. vlt.* p. 136. et auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* I. *med.* LIII. p. 232.

§. XIIX.

Aequitas *L. 2. C. de rescind. vendit.* non est cerebrina.

Videmus illud potissimum ex fine emtionis eiusque forma. Constat ista aequitas omnibus atque in promtu est, vt nulla egeat disputatione; memorare tamen debemus pugnam, quae hac de re inter CHRIST. THOMASIVM et Io. GOTTF. SCHAVMBVRGIVM existit. Quum ille libellum edidit *de aequitate cerebrina L. 2. C. de rescind. vendit. et eius vsu pract.* Halae, CIↃIↃCCVI, ibique cerebrinam aequitatem ex eo, quod iurisconsultis antiquioribus fuerit ignota: iniquitas remedii potius a Diocletiano agnita: pretia rerum sint incerta ac ab arbitrio contrahentium dependeant, deriuat, comparuit contra eum Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVS *diss. de aequitate et vsu pract.* L. 2. C. *de resc. vend.* Vit. CIↃIↃCCXXV. hisque accessit Io. FRID. POLAC, *mathesi forensi, Abtheil.* I. *Cap.* 2. *Abhandlung.* 8. §. 2. p. 123.

§. XIX.

Cessat remedium ex L. 2. *C. de rescindenda emt. vendit.* in emtione spei.

1) Si ea de re emtio celebratur, quae nullum habet iustum pretium: ad remedium hoc confugere haud licet,

cet, ob *L.* 8. *C. de reſcindenda vendit.* Sed hoc de ſpe adfirmari nequit. Vbi 2) laeſio poſt contractum demum contingit, eius iterum ratio haberi nequit hoc in remedio, ſecundum eius naturam; ſed illa reuera poſt emtionem accidit, quumque 3) ille haud de laeſione queri poteſt, qui eam ſibi imputare debet, quamue iam antea cogitare poterat, nec eo nomine reſcindi poteſt emtio venditio. Aliud qui ſtatuunt, id ideo noſtrae ſententiae praeferunt, quod emtio ſpei ſpecies emtionis ſit ac de emtionibus venditionibus in *L. 2. C. de reſcind. emt. vend.* generatim ſit cautum, quod ob immodicam laeſionem ſint reſcindendae. SAM. STRYCKIVS, *diſſ. de emt. ſpei* §. 32. Io. A SANDE, *deciſ. Friſiae, libr.* III. *tit.* IV. *def.* 16. Io. BALTH. WERNHER, *part.* I. *obſ.* 249. CAR. FERD. HOMMELIVS, *rhapſod. obſ.* 249. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* IV. *med.* CCXVII. p. 118. fouent ſententiam, quam elegi; ſed ab illa diſcedit Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iur. libr.* III. *tit.* V. §. 18. *not.* 4.

§. XX.

Remedium hoc in venditionibus ſub haſta factis locum non habet.

Quum 1) ex *L.* 5. *C. de fide et iur. haſt. fiſcal.* emtiones, quae hoc modo fiant, perpetuae eſſe debent, nec reſcindendae ſunt iſto remedio. Vbi 2) iuſtum pretium adeſt, ibi cogitari nequit remedium; verum enimuero illud pretium pro iuſto eſt habendum, quod per ſubhaſtationem eruitur. Aliud ab aduerſariis ex eo colligitur, quod legibus generatim reſciſſio emtionis ob laeſionem enormem ſit permiſſa; neque ea, quae ſit in

in ſubhaſtatione excepta: neque minus ea nominatim concedatur, ſi res ſub haſta alienatur, *L.* 9. D. ac *L.* 16. *de reſc. emt. vendit.* Mirum eſt diſſidium, quod hac de quaeſtione inter iurisconſultos eſt. BENED. CARPZOVIVS ita parum conſtans eſt, vt in talibus venditionibus remedium admittat *part.* II. *conſt.* XXXIV. *def.* 13. aliud autem ſtatuat *libr.* IV. *reſp. cap.* I. ac *procæſſ. tit.* XXV. *num.* 4. §. 15. Quae ab ipſo poſterioribus locis profertur ſententia, inprimis placet Io. HENR. BERGERO, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XVIII. *tit.* V. p. 367. AVG. LEYSER, *ſpec.* CCV. *corr.* 1. GEORG. AD. STRVVIO, *iurispr. Rom. Germ. libr.* III. *tit.* II. §. 41. prior autem Io. SCHILTERO, *ex.* IX. §. 20. Io. SANDIO, *libr.* III. *tit.* IV. *def.* 12. VLRIC. HVBERO, *praeleſt. iur. ciuil. libr.* XVIII. *tit.* V. *num.* 5. LVD. POSTHIO, *de ſubhaſt. inſp.* 39. *num.* 30. atque auctoribus *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* I. p. 18. quibus addas FRANC. ANT. BACHER, *diſſ. de reſcindenda vend. praeuio iudicis decreto aut ſub haſta facta*, Argent. cIↃIↃCCL. ac GE. CHR. GOLLING, *de remedio L.* 2. *C. de reſcind. vendit. neque in translat. iudiciali, neque in ſubhaſt. publica admittenda*, Altorfii, cIↃIↃCCXXXII.

§. XXII.

Etiam ea venditio remedio ex *L.* 2. *C. de reſcind. vendit.* impugnari poteſt, quae praeuio decreto iudicis eſt facta.

1) Quum generatim in venditionibus remedium dictum ſecundum verba huius legis locum habet, non minus id ad venditiones, praeuio decreto factas, adplicamus. 2) Quum decretum ſolum datur eum in finem, vt liceat venditori rem alienare; nec pretium illud de-

terminare debet, neque in eo, si id determinatum est a iudice, adquiescere debent partes. 3) Si quoque decreto facto, praesumtio oriatur, iustum adesse pretium, illa tamen probationem contrarii haud excludit; sed his opponi solet, quod *L.* 1. *C. de praed. decur.* ac *L.* 2. *C. si propter publ. pensit.* neque minus de diuisionibus *L.* 1. ac 3. *C. comm. utr. iudicii* est iure cautum PAVLL. DE CASTRO, ad *L.* 2. *C. de resc. vend.* et BENED. CARPZOVIVS, *part.* V. *resp.* 54. *num.* 10. a nobis dissentiunt; sed idem statuunt LVD. MENCKE *in gymnas. polem. iuris disp.* VII. *thes.* 22. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XVIII, *tit.* V. *quaest.* 11. p. 891. 10. HENR. DE BERGER, *resolut. leg. obstant.* p. 366. atque AVG. DE LEYSER, *spec.* CCV. *med.* 10.

§. XXIII.

Remedium ex *L.* 2. *C. de rescindenda venditione* etiam ad emtorem pertinet.

1) Constitutio haec, venditoribus potissimum vtilis, est rescriptum, in quo argumentum ab contrario locum non habet. Quemadmodum itaque sine dubio etiam ea obseruatur in emtione venditione rei mobilis, licet fundi solum mentionem faciat, hancque ob rem interpres graecus sub eo omnes intelligat res, *tom.* II. *librorum Basilicor. libr.* XVIII. *tit.* 10. p. 433. ita quoque sub venditore hoc loco vtrumque intelligimus contrahentem, quum id, quod maximum est, emtori iure antiquiori liceret ob enormem laesionem rescindere contractum, *L.* 1. §. 12. *D. si quid in fraud. patron. L.* 11. *D. de contrah. emt. L.* 27. §. 1. *D. de minor.* ac *L.* 13 §. 4. *D. de act. emt.* 2) In correlatis idem ius statui debet, se-

ſecundum *L.* 41. *D. de reg. iur.* 3) Vbi eadem ratio, eadem eſt legis diſpoſitio; ſed humanitas eſt ratio, cur haec actio locum habeat, quae non minus obſeruanda eſt in emtore. Quoniam 1) neque L. 2. *C. de reſcindenda venditione* emtoris mentio eſt facta haecque ſecundum aduerſariorum opinionem noua lex eſt ac correctoria ideoque nec extendenda; 2) venditor res ſuas vendendi ſaepenumero neceſſitate, eſt adſtrictus hocque haud de emtore ſtatui poteſt ac tandem 3) emtor nummos venditoris facere debet; venditorem vero ſaltim curare oportet, vt emtor dominium rei, quam emit, ſibi adquirat: diſſentiunt Iac. Cviacivs, *libr.* 1. *obſerv. cap.* 18. ac *libr.* xxiii. *cap.* 32. Ant. Faber, *dec.* viii. *error.* 7. Edmvnd. Merillivs, *libr.* ii. *obſ. cap.* 6. Hvgo Grotivs, *florumſparſ. ad ius Iuſtinianeum*, p. 381. ac Io. Frid. Ad. Koch, *de L.* 2. *C. de reſcind. vend. ad emtorem non extendenda*, Arg. cIↃIↃccxlvii. Sed noſtram ſententiam adprobant: Henr. Cocceii, *diſp. de reſcind. vendition. thes.* 2. Ioach. Mynsingeр, *libr.* iv. *obſ.* 73. Ben. Carpzovivs, *part.* ii. *conſt.* xxxiiii. *def.* 8. Dav. Mevivs, *part.* iii. *dec.* 192. Sam. de Cocceii, *inr. contr. libr.* xviii. *tit.* v. *quaeſt.* 7. p. 880. Petr. de Tovllier, *collectan. diſſ.* xii. p. 335. Io. Balth. Wernher, *part.* iii. *obs.* 202. ac Io. Frid. Polac, *matheſ. for. Abh.* 1. *cap.* 2. *Abh.* 8. p. 123.

§. XXIV.

Ex *L.* 2. *C. de reſcindend. vendition.* contra emtorem agi nequit, ſi ſine eius culpa res apud eum periit.

1) Quodſi quis alternatiue ita ſit obligatus, vt ab eo, quid praeſtare velit, dependeat atque impeditur caſu; quominus vnum praeſtare queat: neque ad alterum neceſſitate eſt adſtrictus praeſtandum. 2) Vbi humanitatis ratio ceſſat, ibi quoque ceſſat remedium; ſed illam ceſſare, ſi emtor re, quae periit, locupletior non eſt factus, nemo negabit. 3) Vbi hoc remedium inſtituitur, principaliter emtor ad rem reſtituendam obligatus eſt, quod videmus partim ex natura omnium actionum reſcilloriarum; partim ex claris verbis L. 2. C. *de reſc. vendition.* ſed illam reſtituere nequit ideoque etiam ceſſat remedium. 4) Mulier ſi circumuentam ſe dicit, quod minoris ſeruum aeſtimauerit; neque vero eum aeſtimato dedit, amittit actionem, vbi decedit, L. 12. §. 1. *D. de iure dot.* 5) Si quaeſtio incidit de damno et par vtriusque eſt cauſſa, praecedit is, qui tenet, ei, qui perſequitur, ex ſententia PAVLLI. *L.* 91. §. 3. *D. de V. O.* 6) Si interita eſſet res; etſi reſtituta eſſet actori, naturalis eius interitus ſpectaret ad actorem. *L.* 14. §. 1. *D. depoſiti.* 7) Si vni Stichum heres dedit, quem duobus dare damnatus erit hicque decedit, ab altero conueniri non poteſt, *L.* 36. §. 3. *D. de leg.* 3. Aduerſarii aliud ſtatuunt, quod *L.* 2. §. 3. *D. de eo quod certo loco* exſtingui eius electionem, vbi alter deceſſit, tradatur atque idem iuris principium proponatur *L.* 95. *pr.* ac §. 1. *D. de ſolut.* Inter illos memorandi ſunt ANT. MERENDA, *libr.* 1. *controu. cap.* 44. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. practic. tom.* 1. *libr.* XVIII. *tit.* V. §. 28. p. 1280. ac Io. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XVIII. *tit.* V. *qu.* 3. noſtra autem ſententia auctoritate PETR. DE TOVLLIEV, *collect. diſſ.* XII. p. 346. qui latius adhuc progreditur, corroboratur atque ea non minus placuit ANDR. FACHINAEO,

libr.

Digitized by Google

libr. II. *controu. cap.* 18. ANT. GOMEZ, *libr.* II. *reſol. cap.* 2. ac GEORG. AD. STRVVIO, *ex.* XXIII. *theſ.* 90.

§. XXV.

Emtor prius, enormiter ſe laeſum eſſe, adfirmare hocque nomine ad remedium ex L. 2. *C. de reſcindenda emt. vend.* confugere poteſt; quam verum rei pretium dimidiam partem ſummae, ab ipſo ſolutae, haud attingit.

1) Quodcumque ſupponitur in venditore: illud eo maiori iure ſupponendum eſt in emtore, quum huius in lege noſtra plane non mentio fit ac ſi quoque ob analogiam merito illam quoque adplicamus ad emtorem, ei tamen haud plus tribuere poſſumus; quam tributum verbis legis venditori. Haec quum extra omnem dubitationem ſunt poſita; de minori vero pretio, quo venditor laeſus eſt, in *L. 2. C. de reſcind. vend.* clare eſt cautum, quod illud tunc demum locum habeat, ſi nec dimidia pars eius ſit ſoluta: merito quoque emtor prius de laeſione haud queritur; quam ſi pretium ſoluerit, quod duplo eſt maius, ac licet, vt exemplo rem illuſtremus, verum aedium emtarum pretium 999. aureis abſoluerentur, eas pro duobus mille aureis ſibi comparauerit. Conſtat hoc quoque ex eo, quod prius venditor enormiter laeſus haud habeatur; quam ſi lucrum ex parte laedentis emtoris ſuperet alterum tantum ideoque nec emtor laeſum ſe eſſe prius adfirmare haud debet, quam ſi lucrum ex parte laedentis venditoris alterum tantum ſuperet. Quum omnes ii ſententiae huic aduerſantur, qui emtori permittunt vti remedio ex *L. 2. C. de reſcind. vend.* ſi ſumma, quam ſoluit, praeter verum pretium

eius dimidiam partem excedat atque emtor v. c. pro re, quae decem aureos constaret, sedecim soluerit, illi id potissimum existimare se posse putant, quod 1) si ex parte venditoris laesio enormis tunc locum habet, si nec dimidia pars veri et iusti pretii data; aut soluta, ea in emtore tunc obtineat, si praeter verum rei pretium vltra dimidium eius sit solutum: in vtroque, emtore scilicet ac venditore, dimidium iusti pretii terminum laesionis a quo constituat; neque alius a legislatoribus statui potuerit, neque minus in emtore aeque ac venditore ab vno casu laesionis; siue aberrationis a vero et iusto pretio laesio enormis incipere debeat. Omni tempore quaestio de computanda laesione emtoris fuit controuersa. Quum inter aduersarios nostrae sententia locum tenerent ACCVRSIVS, ad *L.* 2. *C. de resc. vendit*, PINELLVS, ad *legem eamdem* ac quidam iurisconsulti Hispani: reliqui pene vna mente ac voce in eam discesserunt, quam ego quoque amplexus sum, videlicet IAC. CVIACIVS, *libr.* XVI. *obs. cap.* 18. FRANC. DVARENVS, ad *L.* 16. *D. de rescind. vend.* IVST. MEYERVS, *colleg. Argentorat. libr.* XVIII. *tit.* V. *num.* 6. *tom.* I. p. 860. IOACH. MYNSINGERVS, *libr.* III. *obs.* 73. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 4. *D. de rescind. vendit.* BENED. CARPZOVIVS, *libr.* II. *const.* XXXIV. *def.* 8. Io. SCHILTERVS *prax. iuris Romani*, *ex.* XXX. §. XCVI. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXIII. *thes.* 86. atque alii: recentiori autem tempore eadem quaestio tanto maiorem attentionem excitauit, quum de ea controuersia agitaretur inter duumuiros, qui meritorum laude ac munerum, quibus praefuerint grauitate excellerent, nimirum Io. VLRIC. L. B. DE CRAMER ac Io. AD. L. B. DE ICKSTATT. Surrexit primum ICKSTADTIVS atque ACCVRSII opinionem pluribus argumentis defendit *specimine iuris ciuilis de laesione enor-*

enormi in contractu emtionis venditionis recte computanda, quo modus vulgaris laesionem enormem in emtore ex altero tanto pretii veri aestimandi atque computandi solide confutatur ac errovis huius communis fontes feliciter detegvntur, Herbipoli, CIↃIↃCCXXXIV. quod postea recusum est in *tom.* I. *opusculorum* eius *iuridicorum*, p. 233. Respondit ei CRAMERVS, *programmate de laesione enormi recte computanda*, Marburgi CIↃIↃCCXXXV. quod *tom.* III. *opuscul.* p. 587. denuo adparuit; sed ICKSTADTIVS non adquieuit eamdemque ob caussam hic *schediasma apologeticum de laesione enormi recte computanda, qua modum laesionem enormem in emtore perinde ac in venditore ex dimidio veri et iusti pretii aestimandi haud ita pridem a se stabilitum, aduersus ea, quae pro sententia contraria peculiari scripto vrget obmouetque Ioannes Vlricus Cramervs, amice defendit.* Herbipoli CIↃIↃCCXXXI. CRAMERVS nihil amplius hac de re edidit; eius tamen caussam strenue defendit Io. FRID. POLAC in *matheſi forensi*, *Abtheil.* I. *cap.* II. *Abh.* VIII. §. 88. sqq. p. 126. ac praeter eos non minus in decidenda hac quaestione occupati fuerunt HIER. FRID. SCHONCHIVS progr. *de computat. laesionis vltra dimidium* Erford. CIↃIↃCCLXXII. ac Io. SAM. TRAVG. GEHLER, *diss. de laesione emtoris vltra dimidium recte computanda*, Lipsiae CIↃIↃCCLXXVII.

§. XXVI.

Si quis sciens rem pro pretio, iusto minore vendit, remedium ex *L.* 2. *C. de rescind. vendit.* ei haud prodest; sed id haud praesumitur et ab altero est probandum, licet contractui clausula inserta sit, ex certa scientia pretium esse statutum.

Tribus membris conſtat propoſitio haec. Quod ad *primum* pertinet, quo, nocere emtori; ſeu venditori, qui remedio vti velit, ſcientiam, ſtatuo; patet id ex eo, quod ſi quis pro iuſto minore pretio ſciens rem vendiderit, vel ad id coactus fuerit; vel non. Si prius, venditionem querela nullitatis impugnabit; nec recurret ad remedium; ſin autem poſterius, nullam habebit actionem, quoniam volentis non eſt iniuria et cuius per errorem dati repetitio eſt, eius conſulto dati cenſetur donatio ſecundum *L.* 53. *D. de R. I.* Neque vero id praeſumitur, quod *ſecundum* membrum eſt, propterea quod, licet earum quoque rerum, ad quas emtio pertinet, ſit peritiſſimus, differre pretia, ignorare poteſt; nec vnquam ſuum iactaſſe aliquis praeſumitur. Idem vero locum habet, licet adiectum ſit contractui, ex certa contrahentium ſcientia pretium eſſe ſtatutum. Ex eodem enim errore adiectum eſſe poteſt, ex quo pars laeſa pretium iuſtum eſſe, arbitrata eſt. Qui prius membrum negant, opinionem ſuam ex eo deriuare ſtudent, quod haud diſtinguatur in *L.* 2. *C. de reſcind. vend.* vtrum laeſus ignarus fuerit laeſus; an eius conſcius; neque fundata ſit haec conſtitutio in errore; vel dolo; ſed potius inaequalitate, haecque etiam obtineat in ſciente neque minus à ſocietate leonina, *L.* 29. *§. vlt. D. pro ſocio* prohibita, ad emtorem concludunt cum DIDACO COVARRVVIA, *var. reſolut. libr.* II. *cap.* 4. atque ANDR. FACHINAEO, *controu. iur. libr.* II. *cap.* 20. ſed noſtra ſententia auctoritate nititur BENED. CARPZOVII, *part.* II. *conſt.* 34. *def.* 3. ANT. FABRI, *error. pragm. dec.* VII. *error.* 8. Io. BALTH. WERNHER, *part.* III. *obſ.* 202. CAR. FERD. HOMMEL, *rhaps. obſ.* X. ac DAV. GEORG. STRVBEN, in *den rechtl. Bed. part.* III. *Bed.* 118. *num.* 1.

§. XXVII.

§. XXVII.

Emtor, vbi reſcindenda ſit venditio, non eſt alternatiue obligatus, vt vel rem reſtituat; vel pretium ſuppleat; ſupplere tamen poteſt, quod deeſt iuſto pretio remque retinere.

1) Actio ex *L. 2. C. de reſcindenda vendit.* tendit ad reſcindendum contractum et ita ad repetendum id, quod venditor emtori tradidit. 2) Clare id indicant verba memorata legis, vbi venditori ſimpliciter pretium reſtituere imponit ac ſolum emtori electionem reſeruat. 3) Concludimus illud ex eo, quod ſit negotium reſciſſorium; illud autem emtionem non reſcinderet, vbi eo tenderet, vt ſuppleretur pretium. Quoniam emtori facultas, ſupplendi, quod deeſt pretio, ipſa lege eſt conceſſa haecque naturae contractus conueniat: immo magis ad id obligatus eſſe videtur, quam ad reſtitutionem, fuerunt iam quondam, quibus aliud placeret et litigarunt hac de quaeſtione iamiam antiquiores iurisconſulti; videlicet ABBAS PANORMITANVS, BARTOLVS, atque alii; neque vero minus hac in re diſſidium eſt inter WOLFG. AD. LAVTERBACHIVM, *colleg. theor. practic. libr.* XVIII. *tit.* V. §. 47. GEORG. AD. STRVVIVM, *exercit.* XXXIII. *theſ.* 87. *tom.* I. p. 1618. ac SAM. DE COCCEII, *libr.* XVIII. *inſt. controu. tit.* V. *quaeſt.* 9. qui noſtram fouet ſententiam.

§. XXVIII.

Licet quoque vendita pro pretio, iuſto minore, res ſit emtori; ei tamen, ſi tempore, quo contractus eſt celebratus, plus haud valuit, remedium ex *L. 2. C. de reſcindenda emt. vendit.* competere haud poteſt.

Digitized by Google

1) In contractibus inſpici ſolet valor rei, qui fuit tempore contractus celebrati ob L. 2. §. 3. *D. de vacat. munerum.* 2) Euentum haud indulgere damni reſtitutionem; ſed inconſultam facilitatem, docet *L.* 11. §. 4. *D. de minoribus.* 3) Non ſine cauſſa ſolum Diocletianus ac Maximianus L. 8. *D. de reſcindenda vendit.* remedium venditori concedunt, ſi non dimidia pars iuſti pretii, quod fuerat tempore emtionis venditionis, eſt ſoluta. 4) Quidquid poſt contractum rei pretio accreſcit; vel decreſcit, illud ad emtoris lucrum; vel damnum pertinet, vti recte concluditur ex §. 3. *I. de emt. vendit.* hocque ſi adſumamus, merito ex eo quoque colligimus, venditorem reſcindere haud poſſe contractum emtionis, propterea quod hodierno pretio multo minus ſit, quod eſt ſolutum. 5) Si variat pretium, eius rei ratio haberi nequit, propterea quod, pacto antichretico contractui pignoratitio adiecto, ob maius emolumentum, a creditore perceptum, conuentio haud mutari ſolet ex ſententia L. 17. *C. de uſuris.* Neque vero intereſſe ſtatuimus, vtrum praeſens; an futura ſit res, quae vendita eſt, quum ſi ſit futura, eam ad ſpem referre debemus, quae remedium ſaepius memoratum excludit; quibus vero aliud placet, ii prouocant ad L. 36. §. *fin. D. de lege Falcidia.* Certa ratione cum aliis diſſentit Ant. Perezius, *comment. ad cod. tit. de reſcindenda vendit. num.* 12. p. 514. noſtram autem probant ſententiam: Io. Henr. de Berger, ac Sam. de Cocceii, *loc. memoratis.*

§. XXIX.

Si ob enormem laeſionem venditio reſcinditur, fructus emtor haud reſtituit, quos percepit ex re emta.

1)

1) Quum fructuum nulla mentio fit in *L.* 2. *C. de rescind. vendit.* neque eorum restitutio peti potest ab emtore. 2) Si quis bona fide iustoque titulo fructus percepit, etsi quoque percepti sint ex re aliena: ille ipsos lucratur, secundum §. 35. *I. de rer. divis.* ac *L.* 4. §. 2. *D. fin. regundor.* ideoque illud merito quoque statuendum est de emtore, qui restituere rem debet ob enormem venditionis laesionem. Contrarium qui adferunt, prouocant ad *L.* 24. §. 4. *D. de minor.* ac *L.* 1. *in fin. C. si maior fact. alien.* nec minus ad rescissionem totius contractus, quae ob illam laesionem fieri solet atque id, quod rescissione emtionis semel facta, res sit restituenda; restitutio vero quoque secundum *L.* 173. §. 1. *D. de reg. iuris.* L. 22. 35. 75. atque *L. vlt.* §. 1. *D. de V. S.* fructus quoque tangat, nimirum Christ. Phil. Richter, *libr.* II. *decis.* 99. Io. Schilter, *ex.* XXX. §. 102. ac Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* XVIII. *tit.* V. *quaest.* 24. iis autem repugnant Avg. Leyservs *spec.* CCV. *num.* 9. atque auctores *der Meditat. über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* I. *med.* XXIX. p. 176.

§. XXX.

Si sub lege commissoria res est vendita hancque venditor ex illa repetit, non opus ei est, vt restituat arrham; vel partem pretii ipsi solutam.

1) Ait Nervatvs, secundum ea, quae tradit Vlpianvs, *L.* 4. §. 1. *D. de lege commissoria* emtorem lucrari quidem fructus; sed perdere pretium, quod numerauit, atque Vlpianvs id, quum scribit, illud habere rationem, adprobat. Neque minus 2) conuenit cum eodem Scae-

SCAEVOLA, quum fundos quidem inemtos fore concedit; sed addit, quod arrhae; vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum. Qui aliud existimant, illud ex eo diriuare studeant, quod vnus memoratorum iurisconsultorum tantum pretii; alter vero solius arrhae meminerit: nemo cum damno alterius locupletior fieri debeat, venditorque, quod accepit sine caussa, resoluto contractu, possideat. Nobiscum consspirant VLRIC. HVBERVS *praelect. iuris ciuilis, tit. dig. de lege commissoria num.* 3. Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 6. *D. de lege commissoria*: Io. GOTTL. HEINECCIVS, *elem. iuris ciuilis secundum ordinem digestorum*, §. 275. ac Io. SCHILTERVS, *ex. ad pandect. exerc.* XXX. §. 53. sed ab iis aliis; diuersa tamen ratione, discedunt: FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obs. iuris vniuersi, tom.* 1. *obs.* 58. GEORG. SAM. MADIHN, *diss. de effectu legis commissoriae parte pretii soluta*, Halae, cIↃIↃCCLXXXV. ac Io. WILCKENS *diss. de lege commissoria emtionis venditionis*, Gottingae, cIↃIↃCCLXXXVI.

§. XXXI.

Si in retrouenditione pretii adquiescere debet retrouenditor, pro quo ipse rem ab retroemtore sibi comparauit, praeter illud nihil aliud; quam quod in meliorationem rei impendit petere potest.

Duplici membro constat haec propositio. Venditorem, qui rem retro emit, satisfacere debere emtori intuitu meliorationum, nemo profecto in dubium vocabit; constat tamen id quoque claris ex legibus, videlicet *L.* 25. *D. de pigneratit. actione* ac *L.* 55. §. 1. *D. locati.*

cati. Nihil vero aliud quoque emtorem illam poſcere poſſe; nec venditorem obligatum eſſe ad reſtituendas alias impenſas, concludo ex eo, quod emtor; antequam retro emtio ſit facta atque res per illam rediit ad venditorem, ſit illius dominus; ille vero omnes caſus ferre debeat. Diuerſa ratione quaeſtionem, quatenus impenſae reſtituendae ſint, decidunt iuriſconſulti, e quibus nominamus AVG. LEYSERVM, *ſpec.* CXCI. *med.* 12. DAN. NETTELBLADTIVM, *diſſ. de expenſar. et pretii reſtitutione in retrouendit.* Halae, CIↃIↃCCLXXVI. MICH. GOTTFR. WERNHER, *lect. comm. ad dig. tit. de emt. vendit.* §. 34. ac Io. ERN. IVST. MVLLERVM *obs. pract. ad Leyſer. vol.* II. *faſc.* II. p. 13. ſqq.

§. XXXII.

Si pretium non eſt determinatum, pro quo, emtione venditione ſub pacto de retrouendo celebrata, retrouenditio fieri debeat, eius haud ratio habetur, quod in priori eſt definitum; ſed illius, quo res tempore retroemtionis venit.

1) Talis retroemtio nouus eſt contractus ideoque nouum quoque, quod inter partes definiatur, requirit pretium. 2) Clare tradit NERATIVS, *L.* 55. *D. de pactis*, conuentiones, vt quis, quod ipſi alter praeſtitit, contra ei praeſtare cogatur, non tam hoc agi, vt a priſtino negotio diſcedant; quum vt nouae quaedam obligationes inter illas conſtituantur. CELSVS quidem 3) *L.* 38. D. *D. R. V.* haud ea de emtione loquitur, quae fit ex pacto de retroemendo; ſupponit tamen illam, qua priſtinus venditor ab emtore denuo emit ac re-

requirit, illam tantum dare debere, quantum habiturus sit possessor. 4) Praesentis pretii eiusmodi in negotiis rationem habendam esse, discimus ex *L.* 52. §. 29. *D. de furtis* quumque 5) domino emphyteuseos ius retrahendi emphyteusin conceditur *L.* 3. *C. de iure emphyteutico*, eam praestare iubetur quantitatem, quam ipse reuera emphyteuta ab alio recipere potest. Qui contrarium statuunt, prouocant ad id potissimum, quod si venditor prior ex pacto de retroemendo iam repetat rem ac noua emtione sibi adquirit, res sit secundum *L.* 2. et 7. *C. de pactis inter emt. et venditor.* inemta, dum per aliud pretium conditio venditoris prioris constitui possit cum BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *const.* I. *def.* XXII. Io. SCHILTERO *de iure retrou. cap.* XII. §. 10. ac MICH. GOTTFR. WERNHERO *lect. com. ad dig. tit. de emt. vend.* §. 34. Sed nostra sententia placet MATTH. BERLICHIO, *libr.* II. *conclus.* II. *num.* 39. atque AVG. LEYSERO, *spec.* CXCI. *med.* 9. Mediam viam ingredi studuit Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obs. pract. ad Leyser. vol.* II. *fasc.* II. p. 5.

§. XXXIII.

Hereditas, qua talis, obiectum retractus esse nequit.

Quum thesin hanc ita formamus, non negamus, rem immobilem, quae hereditate continetur, posse retrahi; minime autem concludere possumus, vna cum illa reuocari quoque reliquas res hereditarias, siue sint immobiles; siue mobiles, quum nemo retractum exercere potest, cui non competit condominium in rem, vbi retrahere vult, tacitum; eiusmodi autem condominium, quod alicui in hereditatem competeret, cogitare

tare non poſſumus. Quoniam ordinarie quaelibet res immobilis retrahenda eſt ac hereditas quoque immobilia comprehendit, diſſentiunt hac de re ANDR. TIRAQVELLVS, *de retract. libr. I. gloſſ. 7. num.* 81. BARTH. A CHASSANEO, *conſuetud. ducat. Burgundiae, tit. de retract.* p. 1566. Io. IAC. WISSENBACHIVS, *exerc. ad pandect. diſp.* XXXVII. p. 364. atque aduerſariae fauent ſententiae; noſtram autem opinionem, a nobis iam in *dem Näherrecht, libr. I. cap. 3. ſect. 2.* p. 122. copioſius expoſitam, tuentur: PETRVS GREG. THOLOSANVS, *ſyntagm. iuris libr.* XXVI. *cap. 2. num.* 14. Io. A SANDE, *libr.* III. *deciſ. tit.* V. *def.* 2. p. 197. quibus addas Io. THEOPH. SEGER, *de re ſingulari e pluribus vno pretio venditis retrahenda*, Lipſ. CIↃIↃCLXVI.

§. XXXIV.

Datio in ſolutum retractum non excludit.

1) Si datio in ſolutum vera eſt venditio, per quam in alterum rem transferre ſolemus, nec quisquam queri poteſt, vbi ab adquiſitione illius a tertio excluditur per retractum. Ipſam hanc propoſitionem nemo in dubium vocabit; dationem autem in ſolutum venire in cenſum emtionum, quis eſt, qui negat? Videmus id ex ipſa natura dationis in ſolutum, quae ita eſt comparata, vt, illa, vti alia emtio, conſenſu conſtet, re ac pretio; neque vero minus id perſpicimus ex legibus. VLPIANVS ſcribit *L. fin. D. quibus ex cauſſis in poſſeſſ. eatur: is, qui rem permutatam accepit, emtori ſimilis eſt: item is, qui rem in ſolutum accepit;* neque vero minus cum emtione dationem in ſolutum comparat ANTONINVS, *L. 4. C. de euiction.* quacum coniungas *L. 24. pr. D. de pigno-*

ra-

ratit. actione. Vbi 2) venditoris haud intereſt, vtrum hic; vel ille rem ſibi adquirat, eiusmodi negotium retractum haud excludit. Datio in ſolutum ſolum eo animo fit, vt creditori ſatisfiat, quumque hoc accidit, ſiue ille rem venditam retineat; ſiue loco illius a retrahente pretium accipiat eamdemque ob cauſſam nec intereſſe poteſt venditori, num penes creditorem res maneat; nec ne? Quoniam datio in ſolutum ſolum comparatur cum emtione venditione; nec eſt emtio venditio ac iura de retractu ſtricte ſunt interpretanda, diſtinguendo rem decidunt Io. Corasivs, *libr.* IIII. *miſcell. iuris ciuil cap.* 3. Nic. Hier. Lynckervs, *conſulat. tom* I. p. 417. Matth. Berlichivs, *concluſ. practic. part.* II. *concluſ.* 39. p. 280. hocque modo a nobis reuera diſſentiunt; ſed noſtra ſententia iam adprobatur a Petr. Mvllero ad *Strvv.* ex. XXIII. *theſ.* 61. *tom.* I. p. 1572. Sam. Struckio, *de ſucceſſ. ab inteſtato, diſſ.* VI. *cap.* I. §. 30. atque aliis. Addas, quae *in dem Naherrecht libr.* I. *cap.* III. *ſect.* II. p. 132. expoſuimus.

§. XXXV.

Retractus exercetur etiam in rem, quae ſub hasta venit; antequam sit adiudicata.

1) Vbi res per emtionem venditionem alienatur, ſiue id fiat ſponte, ſiue neceſſario, ibi retractus locum habet; ſubhaſtatio autem eſt ſpecies emtionis venditionis; neque eius natura lex, quae plus licitanti rei adiudicationem promittit, repugnat. Clare hoc dicit *L.* 16. *D. de reb. auctor. iud. poſſidendis*, quibus vero aliud placet, potisſimum ad id prouocant, quod is, qui ius retrahendi habent, ei renunciet, ſi non in termino

ad

ad licitandum praefixo, haud compareat: victor in licitatione moribus praeferatur: nemo ad licitationem metu retractus accederet. Diſſentiunt: ANT. MATTHAEI, *libr.* I. *de auct. cap.* XV. *num.* 41. SIMON. A GROENEWEGEN, *tractat. de legibus abrogatis*, *libr.* XLII. *tit.* V. p 250. Io IAC. WISSENBACHIVS, *ad pandect. diſp.* XXXVI. §. 12. p. 354. et iurisconſulti Tubingenſes, *vol.* II. *conſil.* XIX. *num.* 20. ſed eam, quam nos amplexi ſumus, ſententiam adprobant ANDR. GAILIVS, de *pignor. cap.* XL. §. 3. THEOD. REINKINGK, *de retractu conſanguin. quaeſt.* IIII. p. 129. GEORG. AD. STRVVIVS, *euolut. controu.* p. 325. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XXXI. *def.* 13. CASP. HENR. HORNIVS, *claſſ.* XIII. *reſp* VII. Io. BALTH. WERNHERVS, *obſ. tom.* III. *part.* II. *obſ.* 24. Io. HENR. BERGER, *elect. diſcept. forenſ.* p. 1176. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* 195. *med.* 7.

§. XXXVI.

Quum contractus pigneratitius emtionem haud inuoluit: nec retractus locum habet, re ſaltim oppignerata.

Retractus ſupponit alienationem; oppigneratio autem non eſt alienatio; ſed ſolummodo via ad alienationem. Copioſius id expoſui in *dem Naherrecht*, *libr.* I. *cap.* III. *ſect.* 2. p. 146. Qui vero aliud adfirmant, potiſſimum ad id prouocant, quod oppigneratio ſpecies alienationis ac vel minimum via eſt ad alienationem; neque minus in fraudem retractus quidquam facile ſuſcipi poſſit, ſi haud ad id extendatur retractus. Quaeſtionem hanc attigerunt, Io. videlicet SCHILTERVS, *prax. iur. forenſ. ex.* XXX. §. 130. *tom.* I. p. 183. AVG. LEY-

SERVS, *ſpec.* CXCV. *corol.* 1. *tom.* III. p. 479. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* I. *obſ.* 133. inter ſe haud conueniunt.

§. XXXVII.

Retrahens pretium, quod promisit emtor, sine distinctione soluere debet venditori, siue sit iustum; siue sit non iustum atque vltra dimidium eum laedat.

1) Retrahens omnes conditiones seruare debet, sub quibus emtio venditio est celebrata. Non denegamus quidem 2) contrahenti certis in casibus remedium ex *L.* 2. *C. de rescind. emt. vendit.* vbi retractus semel est initus; in ipso autem retractu eo vti nequit; sed sine vlla distinctione pretium ab ipso est praestandum; qui autem aliter sentiunt lege solum memorata nituntur. Quaestionem hanc; diuersa tamen ratione, decidunt: MATTH. WESENBECIVS, *part.* II. *consil.* 66. CHRIST. PHIL. RICHTER, *decis.* 76. *num.* 46. IO. BALTH. WERNHER, *part.* IX. *obs.* 165. atque AVG. LEYSERVS, *spec.* CXCIII. *cor.* I.

§. XXXVIII.

Etsi liberi heredes patris facti sint; reuocare tamen possunt bona auita, ab ipso vendita.

Quamuis, eiusmodi liberos facta parentum praestare debere, certum sit atque expedituu; inpugnant tamen tale negotium patris liberi non, qua herédes; sed ex sua persona; ideoque etiam id ipsis est licitum, idque eo maiori iure, quum pater emtionem celebrasse videtur

tur ſaluo liberorum ſuorum retrahendi iure. Quoniam heredes facta defunctorum praeſtare debent, L. 7. C. *de liberal. cauſſa*: immo VLPIANVS factum defuncti factum eius heredis eſſe tradit, *L. 6. §. pen. D. de aqua pluu. arcenda* THEOD. REINKINGK *de retract. conſanguinit. qu.* 11. *num.* 368. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VII. *controu. cap.* 18. VLR. HVBERVS, *praelect. ad dig. libr.* XVIII. *tit.* V. §. 16. CORN. VAN ECK, *controu. iuris, theſ.* 337. Io. FRID. BORCKELMANNVS, *ad tit. dig. de reſcind. vendit. num.* 1. hac in re liberis haud fauent; nobiscum autem faciunt: GEORG AD. STRVVIVS, *exerc.* XXIII. *theſ.* 53. *tom.* 1. p. 1565. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato. diſſ.* VI. *cap.* 21. §. 26. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* II. *obſ.* 4. p. 29. ſqq.

§. XXXIX.

In retractu gentilitio deſcendentes primi adquirentis in infinitum ad retractum admittuntur.

Quemadmodum in infinitum ius ſuccedendi ad quosuis deſcendentes tranſit; ita idem quoque merito de iure retractus eſt cenſendum. Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad id, quod agnati et cognati ſolum ad decimum ſuccedant gradum atque in his ſunt CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *deciſ.* 76. *num.* 12. ANDR. TIRAQVELLVS, *de retractu conuent. et municipali* §. 1. *gloſſ.* 9. MART. PEGIVS, *vom VorKauf, libr.* 1. *cap.* 9. ac THEOD. REINKING, *de retractu conſanguin. quaeſt.* 11. *num.* 53. p. 51. Hi a noſtra ſententia deflectunt; verumtamen illam adprobant: SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ.* III. *cap.* 3, §. 10. PETR. MVLLERVS, *ad Strum. ex.* XXXVIII. *theſ.* 36. aliique.

SERVS, *ſpec.* CXCV. *corol.* 1. *tom.* III. p. 479. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* I. *obſ.* 133. inter ſe haud conueniunt.

§. XXXVII.

Retrahens pretium, quod promisit emtor, sine distinctione soluere debet venditori, siue sit iustum; siue sit non iustum atque vltra dimidium eum laedat.

1) Retrahens omnes conditiones ſeruare debet, ſub quibus emtio venditio eſt celebrata. Non denegamus quidem 2) contrahenti certis in caſibus remedium ex *L.* 2. *C. de reſcind. emt. vendit.* vbi retractus ſemel eſt initus; in ipſo autem retractu eo vti nequit; ſed ſine vlla diſtinctione pretium ab ipſo eſt praeſtandum; qui autem aliter ſentiunt lege ſolum memorata nituntur. Quaeſtionem hanc; diuerſa tamen ratione, decidunt: MATTH. WESENBECIVS, *part.* II. *conſil.* 66. CHRIST. PHIL. RICHTER, *deciſ.* 76. *num.* 46. IO. BALTH. WERNHER, *part.* IX. *obſ.* 165. atque AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CXCIII. *cor.* I.

§. XXXVIII.

Etsi liberi heredes patris facti sint; reuocare tamen posſunt bona auita, ab ipſo vendita.

Quamuis, eiusmodi liberos facta parentum praeſtare debere, certum ſit atque expeditum; impugnant tamen tale negotium patris liberi non, qua herédes; ſed ex ſua perſona; ideoque etiam id ipſis eſt licitum, idque eo maiori iure, quum pater emtionem celebraſſe videtur

Digitized by Google

tur ſaluo liberorum ſuorum retrahendi iure. Quoniam heredes facta defunctorum praeſtare debent, L. 7. C. *de liberal. cauſſa*: immo VLPIANVS factum defuncti factum eius heredis eſſe tradit, L. 6. §. *pen.* D. *de aqua pluu. arcenda* THEOD. REINKINGK *de retract. conſangui. nit. qu.* 11. *num.* 368. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VII. *controu. cap.* 18. VLR. HVBERVS, *praelect. ad dig. libr.* XVIII. *tit. v.* §. 16. CORN. VAN ECK, *controu. iuris*, *theſ.* 337. Io. FRID. BORCKELMANNVS, *ad tit. dig. de reſcind. vendit. num.* 1. hac in re liberis haud fauent; nobiscum autem faciunt: GEORG AD. STRVVIVS, *exerc.* XXIII. *theſ.* 53. *tom.* 1. p. 1565. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato*, *diſſ.* VI. *cap.* 21. §. 26. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. uniu. tom.* II. *obſ.* 4. p. 29. ſqq.

§. XXXIX.

In retractu gentilitio deſcendentes primi adquirentis in infinitum ad retractum admittuntur.

Quemadmodum in infinitum ius ſuccedendi ad quosuis deſcendentes tranſit; ita idem quoque merito de iure retractus eſt cenſendum. Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad id, quod agnati et cognati ſolum ad decimum ſuccedant gradum atque in his ſunt CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *deciſ.* 76. *num.* 12. ANDR. TIRAQVELLVS, *de retractu comuent. et municipali* §. 1. *gloſſ.* 9. MART. PEGIVS, *vom VorKauf*, *libr.* 1. *cap.* 9. ac THEOD. REINKING, *de retractu conſanguin. quaeſt.* 11. *num.* 63. p. 51. Hi a noſtra ſententia deflectunt; verumtamen illam adprobant: SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ.* III. *cap.* 3, §. 10. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* XXXVIII. *theſ.* 36. aliique.

SERVS, *ſpec.* CXCV. *corol.* 1. *tom.* III. p. 479. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* 1. *obſ.* 133. inter ſe haud conueniunt.

§. XXXVII.

Retrahens pretium, quod promisit emtor, sine distinctione soluere debet venditori, siue sit iustum; siue sit non iustum atque vltra dimidium eum laedat.

1) Retrahens omnes conditiones ſeruare debet, ſub quibus emtio venditio eſt celebrata. Non denegamus quidem 2) contrahenti certis in caſibus remedium ex *L. 2. C. de reſcind. emt. vendit.* vbi retractus ſemel eſt initus; in ipſo autem retractu eo vti nequit; ſed ſine vlla diſtinctione pretium ab ipſo eſt praeſtandum; qui autem aliter ſentiunt lege ſolum memorata nituntur. Quaeſtionem hanc; diuerſa tamen ratione, decidunt: MATTH. WESENBECIVS, *part.* II. *conſil.* 66. CHRIST. PHIL. RICHTER, *deciſ.* 76. *num.* 46. IO. BALTH. WERNHER, *part.* IX. *obſ.* 165. atque AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CXCIII. *cor.* 1.

§. XXXVIII.

Etsi liberi heredes patris facti sint; reuocare tamen posſunt bona auita, ab ipſo vendita.

Quamuis, eiusmodi liberos facta parentum praeſtare debere, certum ſit atque expeditum; impugnant tamen tale negotium patris liberi non, qua heredes; ſed ex ſua perſona; ideoque etiam id ipſis eſt licitum, idque eo maiori iure, quum pater emtionem celebraſſe videtur

Digitized by Google

tur ſaluo liberorum ſuorum retrahendi iure. Quoniam heredes facta defunctorum praeſtare debent, L. 7. C. *de liberal. cauſſa*: immo VLPIANVS factum defuncti factum eius heredis eſſe tradit, *L. 6. §. pen. D. de aqua pluu. arcenda* THEOD. REINKINGK *de retract. conſanguinit. qu.* 11. *num.* 368. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VII. *controu. cap.* 18. VLR. HVBERVS, *praelect. ad dig. libr.* XVIII. *tit. v.* §. 16. CORN. VAN ECK, *controu. iuris, theſ.* 337. Io. FRID. BORCKELMANNVS, *ad tit. dig. de reſcind. vendit. num.* 1. hac in re liberis haud fauent; nobiscum autem faciunt: GEORG AD. STRVVIVS, *exerc.* XXIII. *theſ.* 53. *tom.* I. p. 1565. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato. diſſ.* VI. *cap.* 21. §. 26. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* II. *obſ.* 4. p. 29. ſqq.

§. XXXIX.

In retractu gentilitio deſcendentes primi adquirentis in infinitum ad retractum admittuntur.

Quemadmodum in infinitum ius ſuccedendi ad quosuis deſcendentes tranſit; ita idem quoque merito de iure retractus eſt cenſendum. Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad id, quod agnati et cognati ſolum ad decimum ſuccedant gradum atque in his ſunt CHRIST. PHIL. RICHTERVS; *deciſ.* 76. *num.* 12. ANDR. TIRAQVELLVS, *de retractu conuent. et municipali* §. 1. *gloſſ.* 9. MART. PROBVS, *vom VorKauf, libr.* 1. *cap.* 9. ac THEOD. REINKING, *de retractu conſanguin. quaeſt.* 11. *num.* 53. p. 51. Hi a noſtra ſententia deflectunt; veruntamen illam adprobant: SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ.* III. *cap.* 3, §. 10. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* XXXVIII. *theſ.* 36. aliique.

SERVS, *ſpec.* CXCV. *coroll.* I. *tom.* III. p. 479. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* I. *obſ.* 133. inter ſe haud conueniunt.

§. XXXVII.

Retrahens pretium, quod promisit emtor, sine distinctione soluere debet venditori, siue sit iustum; siue sit non iustum atque vltra dimidium eum laedat.

1) Retrahens omnes conditiones ſeruare debet, ſub quibus emtio venditio eſt celebrata. Non denegamus quidem 2) contrahenti certis in caſibus remedium ex *L.* 2. *C. de reſcind. emt. vendit.* vbi retractus ſemel eſt initus; in ipſo autem retractu eo vti nequit; ſed ſine vlla diſtinctione pretium ab ipſo eſt praeſtandum; qui autem aliter ſentiunt lege ſolum memorata nituntur. Quaeſtionem hanc; diuerſa tamen ratione, decidunt: MATTH. WESENBECIVS, *part.* II. *conſil.* 66. CHRIST. PHIL. RICHTER, *deciſ.* 76. *num.* 46. IO. BALTH. WERNHER, *part.* IX. *obſ.* 165. atque AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CXCIII. *cor.* I.

§. XXXVIII.

Etsi liberi heredes patris facti sint; reuocare tamen posſunt bona auita, ab ipſo vendita.

Quamuis, eiusmodi liberos facta parentum praeſtare debere, certum ſit atque expeditum; impugnant tamen tale negotium patris liberi non, qua herédes; ſed ex ſua perſona; ideoque etiam id ipſis eſt licitum, idque eo maiori iure, quum pater emtionem celebraſſe videtur

tur ſaluo liberorum ſuorum retrahendi iure. Quoniam heredes facta defunctorum praeſtare debent, L. 7. *C. de liberal. cauſſa*: immo VLPIANVS factum defuncti factum eius heredis eſſe tradit, *L. 6. §. pen. D. de aqua pluu. arcenda* THEOD. REINKINGK *de retract. conſangui. nit. qu.* 11. *num.* 368. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VII. *controu. cap.* 18. VLR. HVBERVS, *praelect. ad dig. libr.* XVIII. *tit.* V. §. 16. CORN. VAN ECK, *controu. iuris, theſ.* 337. Io. FRID. BORCKELMANNVS, *ad tit. dig. de reſcind. vendit. num.* 1. hac in re liberis haud fauent; nobiscum autem faciunt: GEORG AD. STRVVIVS, *exerc.* XXIII. *theſ.* 53. *tom.* I. p. 1565. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato. diſſ.* VI. *cap.* 21. §. 26. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* II. *obſ.* 4. p. 29. ſqq.

§. XXXIX.

In retractu gentilitio deſcendentes primi adquirentis in infinitum ad retractum admittuntur.

Quemadmodum in infinitum ius ſuccedendi ad quosuis deſcendentes tranſit; ita idem quoque merito de iure retractus eſt cenſendum. Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad id, quod agnati et cognati ſolum ad decimum ſuccedant gradum atque in his ſunt CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *deciſ.* 76. *num.* 10. ANDR. TIRAQVELLVS, *de retractu conuent. et municipali* §. 1. *gloſſ.* 9. MART. PEGIVS, *vom VorKauf, libr.* 1. *cap.* 9. ac THEOD. REINKING, *de retractu conſanguin. quaeſt.* 11. *num.* 53. p. 51. Hi a noſtra ſententia deflectunt; verumtamen illam adprobant: SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ.* III. *cap.* 3, §. 10. PETR. MVLLERVS, *ad Strum. ex.* XXXVIII. *theſ.* 36. aliique.

ratit. actione. Vbi 2) venditoris haud intereſt, vtrum hic; vel ille rem ſibi adquirat, eiusmodi negotium retractum haud excludit. Datio in ſolutum ſolum eo animo fit, vt creditori ſatisfiat, quumque hoc accidit, ſiue ille rem venditam retineat; ſiue loco illius a retrahente pretium accipiat eamdemque ob cauſſam nec intereſſe poteſt venditori, num penes creditorem res maneat; nec ne? Quoniam datio in ſolutum ſolum comparatur cum emtione venditione; nec eſt emtio venditio ac iura de retractu ſtricte ſunt interpretanda, diſtinguendo rem decidunt Io. Corasivs, *libr.* IIII. *miſcell. iuris ciuil cap.* 3. Nic. Hier. Lynckervs, *conſulat. tom* I. p. 417. Matth. Berlichivs, *concluſ. practic. part.* II. *concluſ.* 39. p. 280. hocque modo a nobis reuera diſſentiunt; ſed noſtra ſententia iam adprobatur a Petr. Mvllero ad *Struu. ex.* XXIII. *theſ.* 61. *tom.* I. p. 1572. Sam. Stryckio, *de ſucceſſ. ab inteſtato, diſſ.* VI. *cap.* I. §. 30. atque aliis. Addas, quae *in dem Naherrecht libr.* I. *cap.* III. *ſect.* II. p. 132. expoſuimus.

§. XXXV.

Retractus exercetur etiam in rem, quae ſub hasta venit; antequam sit adiudicata.

1) Vbi res per emtionem venditionem alienatur, ſiue id fiat ſponte, ſiue neceſſario, ibi retractus locum habet; ſubhaſtatio autem eſt ſpecies emtionis venditionis; neque eius natura lex, quae plus licitanti rei adiudicationem promittit, repugnat. Clare hoc dicit *L.* 16. *D. de reb. auctor. iud. poſſidendis*, quibus vero aliud placet, potiſſimum ad id prouocant, quod is, qui ius retrahendi habent, ei renunciet, ſi non in termino

ad

ad licitandum praefixo, haud compareat: victor in licitatione moribus praeferatur: nemo ad licitationem metu retractus accederet. Diſſentiunt: ANT. MATTHAEI, *libr.* I. *de auct. cap.* XV. *num.* 41. SIMON. A GROENEWEGEN, *tractat. de legibus abrogatis, libr.* XLII. *tit.* V. p 250. Io IAC. WISSENBACHIVS, *ad pandect. diſp.* XXXVI. §. 12. p. 354. et iurisconſulti Tubingenſes, *vol.* II. *conſil.* XIX. *num.* 20. ſed eam, quam nos amplexi ſumus, ſententiam adprobant ANDR. GAILIVS, *de pignor. cap.* XL. §. 3. THEOD. REINKINGK, *de retractu conſanguin. quaeſt.* IIII. p. 129. GEORG. AD. STRVVIVS, *euolut. controu.* p. 325. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XXXI. *def.* 18. CASP. HENR. HORNIVS, *claſſ.* XIII. *reſp.* VII. Io. BALTH. WERNHERVS, *obſ. tom.* III. *part.* II. *obſ.* 24. Io. HENR. BERGER, *elect. diſcept. forenſ.* p. 1176. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* 195. *med.* 7.

§. XXXVI.

Quum contractus pigneratitius emtionem haud inuoluit: nec retractus locum habet, re ſaltim oppignerata.

Retractus ſupponit alienationem; oppigneratio autem non eſt alienatio; ſed ſolummodo via ad alienationem. Copioſius id expoſui in *dem Naherrecht*, *libr.* I. *cap.* III. *ſect.* 2. p. 146. Qui vero aliud adfirmant, potiſſimum ad id prouocant, quod oppigneratio ſpecies alienationis ac vel minimum via eſt ad alienationem; neque minus in fraudem retractus quidquam facile ſuſcipi poſſit, ſi haud ad id extendatur retractus. Quaeſtionem hanc attigerunt, Io. videlicet SCHILTERVS, *prax. iur. forenſ. ex.* XXX. §. 130. *tom.* I. p. 183. AVG. LEY-

tur ſaluo liberorum ſuorum retrahendi iure. Quoniam heredes facta defunctorum praeſtare debent, L. 7. C. *de liberal. cauſſa*: immo VLPIANVS factum defuncti factum eius heredis eſſe tradit, *L. 6. §. pen. D. de aqua pluu. arcenda* THEOD. REINKINGK *de retract. conſanguinit. qu.* 11. *num.* 368. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* VII. *controu. cap.* 18. VLR. HVBERVS, *praelect. ad dig. libr.* XVIII. *tit. v.* §. 16. CORN. VAN ECK, *controu. iuris, theſ.* 337. Io. FRID. BORCKELMANNVS, *ad tit. dig. de reſcind. vendit. num.* 1. hac in re liberis haud fauent; nobiscum autem faciunt: GEORG AD. STRVVIVS, *exerc.* XXIII. *theſ.* 53. *tom.* 1. p. 1565. SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato, diſſ.* VI. *cap.* 21. §. 26. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* II. *obſ.* 4. p. 29. ſqq.

§. XXXIX.

In retractu gentilitio deſcendentes primi adquirentis in infinitum ad retractum admittuntur.

Quemadmodum in infinitum ius ſuccedendi ad quosuis deſcendentes tranſit; ita idem quoque merito de iure retractus eſt cenſendum. Qui aliud ſtatuunt, prouocant ad id, quod agnati et cognati ſolum ad decimum ſuccedant gradum atque in his ſunt CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *deciſ.* 76. *num.* 12. ANDR. TIRAQVELLVS, *de retractu conuent. et municipali* §. 1. *gloſſ.* 9. MART. PEGIVS, *vom VorKauf, libr.* 1. *cap.* 9. ac THEOD. REINKING, *de retractu conſanguin. quaeſt.* 11. *num.* 53. p. 51. Hi a noſtra ſententia deflectunt; verumtamen illam adprobant: SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ.* 111. *cap.* 3. §. 10. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* XXXVIII. *theſ.* 36. aliique.

§. XL.

Retractus gentilitius haud locum habet, si cognato quidem res est vendita; verum tamen ei, qui remotior est a primo adquirente; quam is, qui vult illum instituere.

Vbi emtione venditione res extra familiam haud alienatur, ibi nec retractus gentilitius locum habet, quoniam eius vera cauſſa tunc penitus ceſſat: verum enimuero extra familiam eiusmodi alienatio non fit, ſi remotior tantum agnatus rem emit. Quibus aliud placet, prouocant potiſſimum partim ad id, quod 2. *feud. cap.* 26. §. *Titius* eſt ſancitum; partim ad ius proximioris, remotiorem in ſucceſſione excludendi atque inter aduerſarios locum tenent HARTM. PISTORIS, *quaeſtion. iuris, libr.* II. *part.* I. *quaeſt.* II. p. 459. ANDR. TIRAQVELLVS, *de retractu*, §. 11. *gloſſ.* 6. *num.* 6. et 14. THEOD. REINKINGK, *de retractu conſangu. quaeſt.* XI. *num.* 25. p. 17. GEORG. ADAM. STRVVIVS, *iurisprud. Rom. forenſ. libr.* III. *tit.* XI. §. 33. ac *euolut. iuris, exerc.* XXIII. *theſ.* 60. p. 324. atque AVGVST. LEYSERVS, *ſpec.* CXCIII. *cor.* 2. Iis refragantur SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſtato, diſſ.* VI. *cap.* III. §. 18. p. 468. Io. BALTH. WERNHERVS, *part.* V. *obſ.* 153. ac Io. RVD. ENGAVIVS, *elem. iuris Germ. libr.* III. *tit.* VIII. p. 554. eorumque caſtra non minus ego ſequutus ſum in *dem Naherrecht, libr.* II. *cap.* 2. *ſect.* I. p. 308. Argumenta, quae me ad amplectendam ſententiam illam impulerunt, ita ſunt comparata, vt in eadem adhuc perſiſtere haud dubitem; veruntamen in illis refutandis multum temporis conſumſit Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſeruat. pract. in Leyſer. vol.* II. *faſc.* II. p. 62.

§. XLI.

Digitized by Google

§. XLI.

Si traditio rei emtae nondum est facta, sine dubio recedere ab illa posſunt partes; neque retrahens, vt venditori praeferatur, poſcere potest.

Quamdiu traditio non eſt ſequuta, ſine dubio recedere poſſunt partes ab emtione et illa pro non facta eſt habenda; vbi autem non adeſt alienatio, ibi nec cogitari poteſt retractus. Qui aliud opinantur, id ſtatuunt, quod eiusmodi diſſolutio non; niſi in fraudem retracturi facta intelligatur; dolus autem nemini prodeſſe debeat atque alienatio rei litigioſae ſit prohibita ideoque a ſententia hac deflectunt non ſolum Io. DE SANDE, *deciſ. libr.* III. *tit.* V. *def.* 6. ac SAM. STRYCKIVS, *de ſucceſſ. ab inteſt. diſſ.* VI. *cap.* 4. §. 39. ſed etiam FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniuerſ. tom.* III. *obſ.* 40. §. 5. quum vel minimum retractum eo in caſu ante traditionem admittit, vbi retrahens animum, rem retrahendi, declarauerit; antequam partes a contractu recedunt; verumenimuero noſtrae ſententiae fautores exiſtunt: Io. HERM. BERGERVS, *elect. diſc. forenſ. tit.* XI. *obſ.* V. p. 1179. et *oecon. iuris libr.* III. *tit.* V. *theſ.* 13. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* 195. *med.* 9. ac GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* XXIII. *theſ.* 66. quibus addas, quae *in dem Nätierrecht, libr.* I. *cap.* V. §. 20. p. 36. expoſuimus.

SVBSECTIO SECVNDA
DE
LOCATIONE CONDVCTIONE.

§. I.

Edictum aedilitium locum non habet in locatione conductione.

1) Aediles eorum ſolum rationem habebant, quae in foro fierent; verumenimuero locationes illis adnumerari haud poterant. 2) L. 63. *D. ad edictum aedilitium* non ſolum illud ſolas ad emtiones venditiones reſtringit; verum etiam ab eodem claris verbis excludit locationes. 3) Edictum aedilitium tendit ad redhibitionem; illa autem cogitari non poteſt; niſi ad eam, qui illam peragere vult, tranſierit rei vel dominium; vel poſſeſſio. Neutrum locum quum habet in locatione: in eadem ceſſat quoque edictum. Quoniam vel minimum mirum viſum eſt VLPIANO *L. 63. D. ad edict. aedil.* cur edictum aedilitium haud tangat locationem conductionem ac ZENO*) permittit *L. pen. C. de loc.*

*) Modus, quo argumentum aduerſariorum hac ex lege deſumtum, refutare ſtudet Io. HENR. BERGERVS, *reſolut. legum obſtantium, libr. XXI. tit. 1. qu.* haud mihi placet. Ait, legem hanc CVIACII eſſe, non imperatoris atque adeo ſpuriam eſſe hocque nomine ad GOTHOFREDI teſtimonium prouocat, quod ad hanc legem *ſub litt. a.* exhibuit. Hic nihil aliud adfirmat; quam quod reſtituerit CVIACIVS hanc conſtitutionem ex Baſilicis atque extet ea apud auctorem *ſynopſis Baſilicorum, libr. 20. tit. 1. cap. 93.* CVIACIVS autem ſolum fragmentum huius legis exhibuit *libr. XII. obſeruat. atque emendat. cap. 38.* Me haud

loc. cond. impune intra annum recedere a locatione hoc que repetit BASILIVS, in *ecloga compendiaria*, *tit.* XXV. §. 1. ac locatio cum emtione venditione comparatur *L. 2. D. locati* ac *pr. inſt. de loc. cond.* diſſentit IAC. CVIACIVS hocque partim L. illa *antepen. C. de loc. conducto.* quam primum inſerendam cenſuit codici, teſte GOTHOFREDO; partim autem *libr.* XII. *obſeruat. cap.* 3. declarauit; ei autem acceſſerunt: IVST. MEYERVS, *colleg. Argentoratenſ. tit. ff. de edict. aedilit.* §. 21. IOANN. SCHILTERVS, *prax. iur. Romani exerc.* XXXIV. §. 9. atque alii; ſed mecum conſentiunt GEORG. AD. STRVVIVS, *enolut. controuerſ. ex.* XXVII. *theſ.* 4. IO. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtantium*, *libr.* XXI. *quaeſt. vn.* p. 484. et SAM. DE COCCEII, *libr.* XXI. *quaeſt.* 2.

§. II.

Locatio ſtatim ab initio tacito conſenſu contrahi potest.

1) Si certum eſt, locationem non verbis; ſed conſenſu contrahi huncque factis non minus; quam verbis declarari, vera quoque theſis noſtra eſſe debet; ſed propoſitionem antecedentem, quae duobus conſtat membris, ita probamus, vt prius ex L. 2. *pr.* et *§.* 1. *D. de*

haud fugit, denegari omnibus illis legibus codicis, quae perditae ſunt atque opera praeſtantiſimorum iurisconſultorum ſeculo ſexto et decimo reſtitutae ex libris iuris graeci auctoritatem fori eamdemque ob cauſſam ideo nec, huic legi tribuere audeo vſum forenſem; nullo vero modo eam CVIACIO adſignare hocque modo ſummum virum criminis falſi adcurſare poſſumus, quod primus fuerit, qui illam ex Baſilicis exhiberet atque eo maior eſt iniuria, quam ipſi infert, quum fontem, quem adiit, indicat eumque hac in re haud mentiri, confirmat GOTHOFREDVS.

Digitized by Google

oblig. et act. ac posterius ex *pr. I. de locat.* ac *L.* 12. *D. de praescript. verbis* demonstremus. 2) Idem quoque constat ex *L.* 51. *pr. D. locati conducti.* Aliud ab aduersariis adfirmatur, quod sit contractus verus locatio Sententia, quam protuli, ea est, quae placuit Ern. Tenzelio, an *consensu tacito locatio condictio confici possit* Erford. cIↃIↃCCXXII. Io. Hartmanno *de tacita locatione*, Ienae, cIↃIↃCCXXIV. Avg. Leyserо, *spec.* CCXIII. *med.* 1. Io. Henr. Bergero, *resolut. Lauterbach.* 413. ac Dav. Georg. Strvben, *in den rechtl. Bedencken*, *vol.* III. *Bed.* 58. qui a Reinh. Bachovio, *vol.* I. *disp.* XXIX. §. 1. aliisque recedunt.

§. III.

In pecunia numerata consistere debet merces, in locatione conductione, siue sit rerum; siue sit operarum, interueniens.

1) Si quis seruum in pistrinum custodiendum coniicit, pecuniam numeratam soluere debet, vbi ex conducto aduersus custodem agere velit, nec locatio dici potest, vbi compensatur custodia cum serui laboribus, *L.* 1. §. 9. *D. depositi.* 2) Qui pro re quadam facta quaedam promittit, contractum innominatum; nequaquam autem locationem conductionem celebrat, L. 5. §. 2. *D. de praescriptis verb.* 3) Si in emtione venditione ad pretium requiritur pecunia numerata, in ea quoque merces consistere debet locatoris, propterea quod merces pretium est in locatione conductione, *L.* 28. §. 2. *L.* 51. §. 1. *L.* 58 *pr. D. loc. conduct.* atque intuitu illius ab emtione valet consequentia ad locationem conductionem. 4) Si inter socios conuenit, vt alternis annis fructus percipiant, non est locatio conductio, pro-

propterea quod deficiat pecunia, *L.* 25. *D. commun. diuidund.* 5). Colonus partiarius distinguitur a colono vero; neque alia huius distinctionis redditur ratio; quam quod pecuniam numeratam partiarius non soluat: immo de eodem, illum magis societatem; quam locationem conductionem celebrasse cum domino fundi, haud obscure traditur in *L.* 25. *§.* 6. *D. de locat. conduct.* 6) Requirunt ad mercedem variae leges pecuniam. Non quidem addunt, numeratam illam esse debere, in qua consistere debeat; nec negandum, *pecuniae* vocabulum saepenumero, quidquid existat in nostro patrimonio, significare, vti copiosius monstrat BARNAB. BRISSONIVS, *de verborum significat. voc. pecunia*, p. 1029. edit. HEINECCII; quum tamen *L.* 5. *§.* 2. *D. de praescr. verb.* pecuniam, in qua consistere debeat merces, opponit rei, atque accedit, in dubio sub pecunia numeratam semper esse intelligendam, *L.* 7. §. 3. *de senatuscons. Macedon.* euidenter hae leges testantur, veram nostram esse thesin. Contraria sententia nititur partim *L.* 8. *C. de loc. et conducto*, qua annuarum quantitatum mentio fit, quibus quidquam conducatur; partim *L.* 21. *C. eod. tit.* qua, quemquam olei certa ponderatione fructus anni locasse traditur, ac *L.* 35. *D. locati conducti.* Discedunt in eam multi iurisconsultorum, e quibus solum Io. CORASIVM, *libr.* II. *miscell. cap.* II. HIERON. TREVTLERVM, *vol.* I. *disp.* 29. *thes.* 3. *litt.* 9. ANT. MATTHAEI, ad *pr. I. de locat. cond.* EV. BRONCHORSTIVM, *cent.* I. *ἐναντιοφαν. cap.* 94. GVIL. LVDWELLVM, *ad §.* 2. *I. de locat. cond.* et Io. HENR. BERGERVM, *libr.* III. *oecon. iur. tit.* V. §. 22. *not.* 6. p. 534. nominamus. Sed nostrae sententiae cum aliis fautores existunt SAM. DE COCCEII, *iur. controuers.*, *libr.* XIX. *tit.* II. *quaest.* 10. Io. HENR. BERGERVS, *resolut.*

leg. obſtant. libr. XIX. *tit.* II. p. 420. et GOTTFR. STRAVSS, *de pecunia numerata in contractu locat. conducti neceſſaria*, Viteb. CIↃIↃCLXXV.

§. IV.

Si quis operas ſuas alteri locauit ac valetudo; aut alia iusta cauſsa ipsi impedimento fuit; quo minus integras praestaret, integram tamen mercedem poſcere potest.

1) Qui operas ſuas locauit, totius temporis mercedem accipere debet, ſi per eum non ſtetit; quo minus operas ſuas praeſtaret, *L.* 1. *§.* 13. *D. de extraord. cognition.* 2) Repetitio mercedis interdicitur, ſi data eſt aduocato, qui per mortem eſt impeditus; quo minus cauſſam ageret, *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognition.* 3) Integra merces ſine dubio competit famulo, qui per totum temporis ſpatium, in locatione conductione definitum, ſeruitia praeſtitit; ſed ſeruire cenſendi quoque ſunt ſerui, quos curamus aegros *L.* 4. §. 5. *D. de ſtatu liberis.* 4) Diuus Seuerus ſecundum *L.* 1. §. 13. *D. de extraord. cognit.* ſolum reſtituere mercedem aduocatis imperat, *ſi per eos; quo minus ſuſceptam fidem impleant, ſtetiſſe probetur*, ac per id ſimul tacite declarat, eiusmodi reſtitutionem locum haud habere, ſi per eos haud ſtetit. Opponitur ab iis, qui diſſentiunt, potisſimum *L.* 15. §. 6. *D. locati cond.* atque inter eos memoratu ſunt digni: WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XIX. *tit.* II. §. 105. *tom.* I. p. 1395. PETR. MVLLERVS *not. ad Struu. libr.* XIX. *tit.* II. §. 27. Io. HENR. BERGERVS *reſolut. legum obſtant. libr.* XIX. *tit.* II. *quaeſt.* 11. p. 427. ac plerique iurisconſultorum recentiorum; ego vero facio cum ANTON. PEREZ, ad *tit. C. de loc. ato, num.* II. ac AVG. LEYSERO, *ſpec.* CCXII. *med.* 5.

§. V.

§. V.

Nimis late extendunt *L. vn. C. de ſtud. liberal. vrb. Rom.* qui eam vtilem eſſe adfirmant litteratis, extra academiam viventibus, in quorum vicinia habitant opifices, ſtrepitum facientes.

Loquitur haec lex ſolum de academia Conſtantinopolitana atque iis, qui in illa ſiue docendo; ſiue diſcendo litteris operam dant. Vt ii eo facilius perueniant, quo intendunt, cuilibet profeſſori auditorium ſeparatum adſignare iubent imperatores et, vt huius conſtitutionis ſimul reddant rationem, addunt: *ne diſcipuli ſibi inuicem poſſint obſtrepere; vel magiſtri; neue linguarum confuſio permixta; vel vocum, aures quorundam aut mentes a ſtudio litterarum auertat.* Quum hoc; nec quidquam amplius ſancitum eſt in lege noſtra: ea iam admodum extenditur, vbi ex illa colligitur, opifices ſtrepitum facientes ab aedibus, eiusmodi locis academicis publicis vicinis, eſſe arcendos atque idem de habitaculis eorum, qui in academiis litteris operam dant, priuatis eſſe ſtatuendum; ſed multo minori iure prouocare poſſunt ad eam ii litterati homines, qui extra academiam viuunt. Nihilominus aliter quidam ſentiunt, quod fauor ſtudiorum etiam illis prodeſſe debeat, qui litteris extra academiam operam nauant ac in his Ben. Carpzovivs, *part.* 11. *conſt.* xxxvii. *def.* 23. Nic. Christ. Lynckervs, *vol.* 11. *conſil. et reſponſor. reſp.* 147. p. 717. cum reliquorum iurisconſultorum practicorum cohorte; Io. autem Brvnnemannvs eandem legem in *comm. ad codicem* et quidem *L. vn. C. de ſtud. liberal. verb. Rom.* reſtringit.

§. VI.

§. VI.

Fructuum periculum pertinet ad colonum, modo ii a solo sunt separati.

Res quaelibet perit suo domino et conductor fructuum praedii locati, percipiendo eos, fit dominus, secundum *L.* 61. §. 8. *D. de furtis* ac §. 44. *I. de R. D.* percipiuntur autem fructus, dum a solo separantur, licet nondum sint reconditi. Videmus id 1) ex eo, quod PAVLVS *L.* 13. *D. quib. mod. vsusfruct.* dicat, fructus bonae fidei possessoris fieri, quando a solo sunt separati, quum tamen requirit ad adquisitionem fructuum eorum perceptionem, *L.* 48. *D. de A. R. D.* 2) Idem testatur LABEO in *L.* 78. *D. de R. V.* quum dicit: *perceptionem fructus accipere debemus non si perfecti collecti, sed etiam coepti ita percipi, vt terrae continere se fructus desierint* atque oliuas, vuas lectas perceptas esse, docet. Cum eo 3) consspirat *L.* 26. §. 1. *D. de furtis*, quae fructus, vt primum decerpti sunt, coloni fieri, dicit. Aliter sentiunt, quoniam remissionem mercedis conductori iura ob dammum, quod in fructibus fecit, concedunt, *L.* 15. §. 2. et 3. *L.* 25. §. 6. *D. locat.* ac *L.* 8. *C. loc. de cond.* neque distinguunt, vtrum hi percepti sint; an nondum percepti; neque minus *L.* 15. §. 3. *D. locati* conductori subueniendum esse censet ob incendium ac *L.* 2. *C. de resc. vnt. vend.* etiam ad locationem adplicandam esse credunt, GEORG. FRANZKIVS, *tit. dig. loc. num.* 150. ac ANDR. WEGE *de loc. ac cond. cap.* VIII. *nr.* 104. neque minus ii, qui remissionem mercedis conductorem poscere posse putant ob dammum, in bello ab hostibus fructibus perceptis illatum, videlicet DAVID. MEVIVS, in *resolut. singul. quaest. iuris in caussis proprietariorum et pensionariorum*, *cap.* I, *num.* 191-230. AVG. LEYSERVS,

SERVS, *med. ad pand. spec.* XXVII. DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtl. Bedencken, tom.* I. *nr.* 95. p. 223. CAR. GOTTFR. WINCKLERVS, *von den Kriegsschaeden der Pachter und Miethleute, sect.* I. *cap.* 3. *nr.* 93. et GEORG. LVD. BOEHMER, *de obligat. locatoris ob vsum rei locatae maxime per bellum impeditum*, Gotting. CIↃIↃCCLXIV. iis autem sese opposuit BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. for. part.* II. *const.* 37. *def.* 20. Io. BRVNNEMANNVS, ad L. 15. *D. loc. conduct. num.* 7. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XIX. *tit.* 11. *quaest.* 34. ac Io. BALTH. WERNHER, *part.* VI. *obs.* 414. cum aliis.

§. VII.

Si conductor semel casus insolitos in se recepit, etiam id de insolitissimis intelligendum.

1) Quidquid valet de genere, valere quoque de specie, regula est, extra omnem dubitationem posita. Insolitissimus casus est quoque casus insolitus ideoque nemini mirum esse debet, quid sit, quod is, qui casus insolitos recepit, recepisse censendus sit casus insolitissimos. Idem 2) patet ex *L.* 9. §. 2. *D. locati cond.* vbi in genere hoc si sit conuentum, pacto standum esse iubetur. Quoniam nulla conuentio ad incogitata potest extendi ac haud statui potest, contrahentes quoque cogitasse de casu insolitissimo, negant hoc BEN. CARPZOVIVS, *part.* II. *const.* 37. *def.* 17. et DAV. MEVIVS, *de pension. cap.* 1. sed id adfirmant ANT. FABER, *cod. Sabaud. libr.* IIII. *tit.* XLII. *def.* 2. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obs. iur. vniuersi, tom.* IV. *obs.* LXXVIII. p. 169.

§. VIII.

§. VIII.

Sumtus metatorum a conductore non ferendi sunt.

Metata sunt onera rei inhaerentia ideoque ea locator suscipere debet, quemadmodum quoque ex L. 1. *C de metat.* ac *L.* 13. §. 7. *D. locati* constat. Haec est sententia Bened. Carpzovii, *part.* II. *const.* 37. *def.* 15. Io. Ott. Taboris, *de metat. part.* II. *cap.* 3. §. 17. ac Avg. Leyseri, *spec.* DCLXI. aduersarii autem vel minimum conductores ad illos sumtus certis in casibus ferendos obligatos esse credunt, vbi ad breue tempus indicuntur; vel haud possessoribus fundi; sed potius in habitatoribus terrae imponuntur ac si quoque ita sint comparata, vt fundis inhaereant, ea a locatoribus aeque ac conductoribus simul praestanda esse censent, vna cum Dav. Mevio, *part.* II. *dec.* 90. et Henn. Hahnio *ad Wesenbecium, tit. locati, nr.* 16.

§. IX.

Relocatio praedii vrbani ad momentum, quo alterutra pars voluntatem, ab illa recedendi declarat, durat; nisi in scriptis aliud fuerit conuentum inter partes; praedii autem rustici ad illud tempus, quo fructus integri praedii sunt percepti, merito sese extendit.

Certum est, relocationem tacitam nunquam fieri ad idem tempus, quo prima durauit locatio, quum in anno saltem ex sententia Vlpiani, *L.* 13. *§. fin. D. loc. conducti* partes renouasse videntur contractum, quo tacuerunt, quamuis lustrum ab initio forte sit statutum, quum-

quumque dein ita inter praedium vrbanum diſtinguitur ac ruſticum, vt illud ad annum relocari adfirmet iuriſconſultus; in hoc autem ſaltem conductorem obligari exiſtimet, prout quisque habitauerit ac ſaltem caſum, quo aliud inter partes fuerit conuentum, excipit; ea, quae ſupra tradidimus, extra dubitationem poſita eſſe cenſemus. Inter eos, qui nobis aduerſantur, inprimis ii memorandi ſunt, qui vel ad idem tempus, quod prima erat deſtinatum, relocationem extendunt; vel eamdem ad anni ſpatium reſtringunt. Quum hi reuera ſententiae ſuae nullam reddere poſſunt rationem: illi potiſſimum *L.* 13. §. 11. *D. locati* nituntur ac ſimul ad id prouocant, quod, ſi in ſcriptis facta ſit locatio; eam imitetur relocatio. Vtrique a noſtra opinione recedunt eamdemque ab cauſſam generatim in numerum diſſentientium referendi ſunt: GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuilis, exercit.* XXIV. *theſ.* 7. *tom.* I. p. 1675. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. tit. ff. loc. conducti*, §. 10. IO. A SANDE, *deciſ. Fris. libr.* III. *tit.* VI. *def.* I. SAM. STRYCK, *vſ. mod. dig. libr.* XIX. *tit.* II. §. 69. IO. BALTH. A WERNHER, *part.* I. *obſ.* 16. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCXIV. *med.* 5. IO. GOTTL. HEINECCIVS, *inſt. iur. ciuil. libr.* III. *tit.* XXVI. §. 926. atque alii. Sed nobiscum faciunt: ANT. FABER, *cod. Sabaud. libr.* IV. *tit.* XLII. *def.* 65. p. 463. Ios. MASCARDVS, *probat. libr.* V. *ſect.* III. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* III. *deciſ.* 116. SAM. DE COCCEII, *libr.* XIX. *tit.* II. *quaeſt.* 2. p. 920. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iuris vniu. tom.* I. p. 356. ac LVD. IVL. FR. HOEPFNERVS, in *dem theor. pract. Commentar. über die Heineccius. Inſtitut.* §. 891. praeter quos memorandi ſunt: IO. HENR. FEIZIVS, *exc. controu. illuſtr. de locat. conductione tacita*, Argent.

Argent. cIↃIↃCCIX. et Io. HARTMANN, *de tacita locatione cond.* Ienae cIↃIↃCCXXIV. Io. AD. KVNZIVS, *de relocatione tacita*, §. XLI. sqq. et I. F. PAVLSEN, *de relocat. tacitae effectu in praediis vrbanis ad L.* 13. *§. fin. D. locati conduct.* Gottingae cIↃIↃCCLXXV.

§. X.

Etiam in praedio rustico locator conductorem expellere potest ante; quam finitum sit locationis tempus, si eo ipse indigeat.

Vbi eadem ratio sit legis, ibi eiusdem est dispositio. Ratio *L.* 3. *C. de locat. conduct.* quae nominatim locatori aedium conductorem ex iis propter necessitatem expellendi tribuit facultatem, in eo potissimum est quaerenda, quod locator, vbi ei, tempore celebrati contractus, notum fuisset, sibi ipsi opus fore praedium, pactum non iniisset, hancque ob caussam etiam ante finitum contractum recedere permittunt ab illo leges. Hoc quum locum habere quoque potest merito in locationibus conductionibus praediorum rusticorum atque etiam in iis euenire, vt dominus ipse indigeat iis, licet id antea non perspexerit, omni iure *L.* 3. *C. de locat.* ad praedia quoque rustica extendimus, quum praesertim in iis accidere potest, vt eorum dominus opus habeat, obseruante BENED. CARPZOVIO, *iurisprud. Rom. for. part.* II. *const.* XXXVII. *def.* 6. Neque minus mecum conspirat DAV. MEVIVS, *part.* II. *decis.* 88. atque ANDR. WEGE, *de loc. et conduct. cap.* XII. §. 12. Quoniam *L.* 3. *C. de loc. cond.* solum praedii vrbani mentio fiat eaque ius singulare in se contineat, quod stricta ratione est explicandum, neque minus ius conductoris fortius sit atque ea indigentia in praedio rustico co-

gitari

gitari nequit, quae obtinere poteſt in vrbano, plerique aliud ſtatuunt, e quibus GEORG. AD. STRVVIVM, *exerc.* XXIV. *theſ.* 12. HENR. HAHNIVM, *ad Weſenbecium, tit. dig. locat. conducti num.* 15. PETR. MVLLERVM, *not. ad Struuium loc. mem.* Io. SCHILTERVM, *exercit.* XXXI. §. 20. SAM. STRYCKIVM, *vſ. mod. tit. ff. locati cond.* §. 35. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol. I. med.* XIX. p. 122. nomine, atque caſus hic, vti SCHILTERVS animaduertit, pertinuit ad *caſus dubios inter electorales ac ducales iurisconſultos Saxonicos.*

§. XI.

Ob metum ſpectrorum iustum recedere licet conductori aedium a locatione conductione, licet tempus, ad quod est inita, nondum sit praeterlapſum.

Licet plerumque ſpectra metuantur ſine ratione; verumtamen vel minimum certum eſt, illa non prorſus eſſe neganda eumque, qui aliam ſententiam foueret, omnibus teſtimoniis fidem denegare debere ideoque iuſtum poſſe eſſe eorum timorem; vbi vero hoc ſtatuimus, neceſſario quoque concedere debemus veritatem noſtrae poſitionis, quum ALFENVS, *L. 27. D. locati*, interroganti, num quis deberet mercedem, ſi quis timoris cauſſa emigraſſet, eum non debere mercedem, ſi cauſſa fuiſſet, cur periculum timeret, quamuis periculum vere non fuiſſet, reſpondit. Ex his quum patet propoſitio noſtra: illius contrarium potiſſimum ex eo demonſtrari ſolet, quod metus ſpectrorum non cadat in virum conſtantem. Quaeſtionem hanc quondam iam ſaepius agitatam fuiſſe in praetorio Granatenſi, DIDACVS COVARRVVIAS refert, *libr.* IIII. *variar. reſolut. cap.* 6. recentiori autem aeta-

re de illa inter ſe pugnarunt: CAR. FRID. ROMANVS, *de remiſſ. contractus locati conducti ob metum ſpectrorum*, Lipſ. cIↃIↃCCIII. et CHRIST. THOMASIVS, *de non reſcindendo contractu locationis conductionis ob metum ſpectrorum*, Hal. cIↃIↃCCXI. quibus addas Io. SAM. STRYCKIVM, *de iure ſpectrorum*, Hal. cIↃIↃCC.

§. XII.

Emtor ad locationem antecesſoris ſeruandam non est obligatus.

1) Clare hoc ſancit imperator ALEXANDER, *L. 9. C. de loc. et conduct. emtorem quidem fundi neceſſe non eſt ſtare colono, cui prior dominus locauit.* Neque vero 2) minus PAVLLVS, *L. 50. D. de iure fiſci* atque VLPIANVS, *L. 13. §. 10. D. de act. emti* id tradunt; aliud vero adfirmatur ob *L. 2. §. 1. D. de rebus creditis* eamdemque ob cauſſam inter antiquiores iurisconſultos controuerſia hac de re eſt orta, quae etiam ad noſtra adhuc tempora ſeſe extendit. HERM. ZOLLIVS, *diſſ. ad L. 9. C. de locatione conduct.* Rintelii cIↃIↃCLXXXVII. primus in quaeſtionem hanc inquiſiuit. Contra illam ſcripſit OTT. PHIL. ZAVNSCHLIFFERVS, *vind. ſecundum communem interpretationem L. 9. C. de locat. et conduct.* cIↃIↃCLXXXVIII. in eius *operibus*, Francof. ad Moen. cIↃIↃCXCIX. editis; ſed ZOLLIVS reſpondit *in defensione nouae ſententiae: Kauf hebt Miethe nicht auf*, Rintelii cIↃIↃCXC. Sequutae ſunt ZAVNSCHLIFFERI *vindiciae vindiciarum triti illius: Kauf geht vor Miethe* cIↃIↃCXCI. hasque refutauit ZOLLIVS in ſcripto: *Kauf hebt Miethe nicht auf; ſiue commentatio ad L. 9. C. de locat. et cond. qua communis ſententia et hinc enata vulgaris paroemia: Kauf geht vor Miethe denuo et fuſius*

fusius refellitur, Rintelii CIↃIↃCCV. praeter eos autem sententiam suam hac de quaestione, diuersa tamen ratione, proposuerunt: Io. BERNH. FRIESE, *de locatoris successore*, Ienae CIↃIↃCCXVII. EPHR. GERHARD. *diss. de regula iuris Germanici: Kauf geht vor Miethe*, Alt. CIↃIↃCCXVIII. Io. IAC. DVILLIVS, de *iure emtoris praedii expellendi eius conductorem*, Marb. CIↃIↃCCXXX. EV. OTTO, *de iure emtoris expellendi conductorem ad* L. 9. C. *de loc. conducti*, Trai. ad Rhen. CIↃIↃCCXXXVI. PHIL. LVD. BECK, *de conductore in locatorem iuste retorquente paroemiam, Kauf bricht Miethe*, Altorfii, CIↃIↃCCXLV. AVG. RVD. IES. BVNEMANN, *de emtore conductorem secundum ius ciuile non expellente*, Gottingae CIↃIↃCCLXI. DAN. FRID. HOHEISEL, *progr. amicabilis compositio litis inter doctores agitatissimae, vtrum successor singularis expellere queat conductorem*, Hal. CIↃIↃCCLXVII. Io. CHRIST. LVDEWIG, *de emtore non stante locationi antecessoris*, Gottingae CIↃIↃCCLXII.

SVBSECTIO TERTIA

DE

CONTRACTV EMPHYTEVTICARIO.

§. I.

SCRIPTVRA ad essentiam huius contractus haud requiritur.

Si 1) ad essentiam requireretur, reuera contractus esset litteralis; verumeninuero non est contractus litteralis hocque ex eo potissimum adparet, quod contractus sit bonae fidei *L.* 1. *et* 2. *C. de iure emphyteut.* 2) Si essentia eius contractus in scriptura consisteret, euanescerct profecto perdito instrumento; sed manet. 3) Ante Zenonis aetatem non requirebatur ad contractum illum scriptura, vti constat omnibus; neque vero id ab eo est introductum; qui autem aliud docent, prouocant ad L. 1. *C. de iur. emphyteut.* neque minus ad id, quod de emphyteusi ecclesiastica est cautum *Nou.* CXX. *cap.* 6. Probant id, quod statuimus, GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XXIIII. *thes.* 3. ac eius interpres PETR. MVLLERVS, *eod. loc.* HENR. COCCEII. *disp. de emphyteusi*, *cap.* VI. *thes.* 6 LVD. MENCKE, in *gymnas. pol. iuris*, *disp.* IX. *thes.* V. p. 74. SAM. DE COCCEII, *iur. controuerso, libr.* VI. *tit.* III. *qu.* 2. p. 482. atque alii; sed ab iis remoti sunt ANDR. FACHINAEVS, *libr.* I. *controu.* 84. ARN. VINNIVS, *coment. ad instit. libr.* III. *tit.* XV. §. 3. atque alii.

§. II.

Praedia vrbana in emphyteusin dari nequeunt.

Vbi aedes, ab aliis in perpetuum vtendae, sub canone et iure perpetuo traduntur, vocantur superficies, non emphyteusis. Finis emphyteuseos est fundi meliioratio, sed id tantum in rusticis praediis cogitari potest, §. 3. *I. de locat. cond.* qui vero aliud statuunt, prouocant partim ad aedes vectigales, quarum *L.* 15. *§.* 16. *D. de damno infecto* fit mentio; partim ad *Nou.* CXX. *cap.* 1. atque auth. *quas ruinas C. de ss. eccles.* Nobiscum facit; SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* VI. *tit.* III. *quaest.*

quaeſt. 3. ſed plures habet aduerſarios, videlicet: PETR. MVLLERVM, ad *Struu. ex* XI. *theſ.* 10. *tom.* I. p. 713. SAM. STRYCKIVM, *vſ. mod. tit. ſi ager vectigal.* §. 3. ARN. VINNIVM, *comm. ad inſtit. libr.* III. *tit.* XXV. §. 3. cum aliis.

§. III.

Si dominus, actione iam reuocatoria inſtituta, canonem; vel eius partem accipit; nec ſibi actionem reſeruat, ei renunciat.

1) Si iniuriatus ſatisfactionem, quam ipſi praeſtat iniurians, accipit; nec ei contradicit, actionem iniuriarum remittit, licet ſit inſtituta, L. 17. §. 6. D. *de iniuriis*; cum eo autem omnino eſt comparandus dominus, quum actionem priuatoriam potiſſimum eum in finem inſtituit, vt iniuriam vlciſcatur, quae ipſi per denegationem canonis eſt illata. 2) Sublata quaerendi cauſſa, ipſa quoque ſublata eſt querela, ſecundum L. 17. §. 6. *D. de iniuriis*, atque ea eſt ſublata, vbi moram purgauit emphyteuta; huic tamen ſententiae opponitur, quod talis actio ipſo iure amittatur, domino permittatur, ſaluo iure reuocandi. emphyteuſin repetere canonem, *L. 2. C. de fund. patr. L. 2. C. de iure emphyteuticar.* ac *Nouell.* CXX. *cap.* 8. Quum ſententiam, quam ego protuli, amplexus eſt AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CIII. *med.* 6. ei contradixit Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſeruat. practi. ad Leyſerum*, *vol.* I. *faſc.* II. p. 270. Praeter eos quaeſtionem hanc eruere ſtuduit Io. CAR. IESNITZER, *vtrum emphyteuta ante motam actionem priuatoriam offerendo canonem moram purgare poſſit*, Lipſiae, CIↃIↃCCLXXVII.

§. IV.

Vbi nec dolo; nec culpae latae emphyteutae ſit tribuendum, quod haud ſolutus ſit canon, ibi nec actio locum habet priuatoria.

1) In hac actione delictum, quod priuatio emphyteuſeos, tamquam poena, ſequitur, ſupponendum eſt; ſatis vero conſtat delictum cogitari non poſſe; niſi adſit dolus; vel lata culpa. Si 2) vaſallus feudo ſuo non; niſi ob dolum priuari poteſt; vel culpam, nec prius de emphyteuſi metuendum id eſt emphyteutae; niſi adſit dolus; vel culpa lata; prius autem conſtat ex 2. *feud. cap.* 52. §. 3. ac 2. *feud. cap.* 55. pr. quumque 3) tutor aliter tamquam tutor ſuſpectus remoueri haud poteſt; quam ob dolum; vel culpam latam, ſecundum *L.* 7. §. 1. *D. de ſuſpect.* a tutore merito ad emphyteutam valet conſequentia; qui vero aliud ſtatuunt, prouocant partim ad *L.* 2. *C. de iure emphyteutico*, domino ſine vlla diſtinctione ius, expellendi emphyteutam, tribuentem ac *Nouellam* VII. *cap.* 3. §. 2. partim ad ſanctionem Friderici, 2. *feud.* 55. de amiſſione feudi propter vaſalli incuriam ac negligentiam. Inter aduerſarios locum tenet Io. HENR. BERGERVS, *part.* II. *reſp.* 34. Sed ſententia, quam protulit, inuenit fautores in AVG. LEYSERO, *ſpec.* CIII. *med.* V. ac CHRIST. LVD. FRESENIO, *diſſ. de poena emphyteutae, canonem non ſoluentis*, §. XIII.

§. V.

Si pars canonis eſt ſoluta, expelli nequit emphyteuta.

Ratio

Ratio, cur domino tribuatur ius emphyteutam expellendi, in eo eſt ponenda, quod praeſumendum ſit: de eo, illum haud agnoſcere velle dominum directum; ſed illud non ſtatuere poſſumus, vbi illud iam, parte canonis ſoluta, agnouerit. Solum quoque 2) poena priuationis locum habet, ſi nullus canon intra biennium eſt ſolutus; ſed hoc non ſtatuere poſſumus, vbi pars eſt ſoluta: his vero ab aduerſariis opponi ſolet, quod is ſolum debitum ſoluiſſe cenſendus ſit, qui illud integrum ſoluit, *L.* 176. *D. de V. S.* ac ſecundum *L.* 85. *§.* 6. *D. de verbor. obligat.* is, qui ſub poena quadam promiſit, tum demum ab illa ſit abſoluendus, vbi in totum promiſſis ſtetit. Ita ſentiunt MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *concluſ.* 46. Io. HARPRECHT, *comm. ad inſtit. libr.* III. *tit.* XXV. *§.* 3. ac SAM. COCCEII, *iur. controuerſo. tit. ſi agex vectig. quaeſt.* 2. ſed noſtram ſententiam adprobant Io. BRVNNEMANNVS ad *L.* 2. *C. de iure emphyteut.* BEN. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* XXXVIII. *def.* 4. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCIII. *med.* 7. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* II. *med.* LIX. p. 25. *)

*) Hanc quum amplector ſententiam: haud quidem iam ſtatuere poſſum, totam perire emphyteuſin, ſi vnus heredum canonem non ſoluit, vt id a me factum eſt in priori editione; verum tamen nec cum doctiſſimis auctoribus der *Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol.* II. *med.* p. 26. ſine diſtinctione adfirmare audeo, eam vel minimum partem emphyteuſeos reuocari poſſe, quae moroſo competit emphyteutae. Merito potius diſtinguere debemus, vtrum heredes fundum illum pro indiuiſo poſſideant; an potius eam inter ſe conſenſu domini diuiſerint. Si poſterius obtinet, merito quidem poteſt dominus partem reuocare eius, qui portionem canonis non ſoluit; minime autem id obtinet, vbi coniunctim here-

§. VI.

Conſenſus domini in omnibus alienationibus emphyteuſeos neceſſarius eſt.

Secundum *L.* 3. *C. de iure emphyteuticario* non licet emphyteutae ſine conſenſu domini ius emphyteuticum transferre; translationis vero nomen ita generale eſt, vt omnes alienationum modos comprehendat: verumtamen regula haec ideo in dubium vocatur, quod, qui aduerſariam tuentur ſententiam, ſupponunt, ideo ſolum emtionem venditionem ab emphyteuta ſine domini conſenſu celebrari haud poſſe, quod ipſi ius competat protimiſeos hocque non niſi in emtione ſit cogitandum: *L.* 1. *C. de fundo patrimon.* emphyteutae fiscali permittatur, ius ſuum extra iudicis auctoritatem donare; nihil cautum ſit de permutatione; vel donatione praedii emphyteutici: emphyteutae concedatur emphyteuſin ſine conſenſu domini legare, *L.* 71. §. 5. *D. de leg.* 1. ac communis doctorum opinio hac in re faueat emphyteutae. ANDR. FACHINAEVS, *controu. iur. libr.* III. *cap.* 97. ac *libr.* VI. *cap.* 98. Io. A SANDE *de prohibita rer. alienat. part.* I. *cap.* 4. §. 8. Io. BALTH. WERNHER, *part.* III. *obſ.* 935. atque AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CV. *med.* 3. ſententiae meae ſunt fautores: aduerſarii vero GEORG. FRANZKIVS, *de laud. cap.* IX. *nr.* 18, Io. IAC. WISSENBACHIVS,

heredes iam fundum illum poſſideant et ſi verum eſt, moram purgari poſſe ſolutione vnius partis canonis: omnino quoque purgarunt coheredes, dum ſoluerint ratas ſuas, moram coheredis ſui. Ceterum litigant hac de quaeſtione, IVST. MEIERVS, *coll. Argentorat. tit.* 51. *ſi ager vectigalis thes.* 3. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* 1. *controuerſ. iur. cap.* 97. ac SAM. DE COCCEII, *iur. contron. libr.* VI. *tit.* XIX. *quaeſt.* 3.

CHIVS, *ex. ad dig. disp.* XVIII. §. 38. OSWALD. HILLIGER, in *Donello enucleato*, *libr.* IX. *cap.* XIV. NIC. CHRIST. LYNCKERVS, *resol. discept. for. cent.* III. *dec.* 265. ARNOLD. VINNIVS, *sel. iur. quest. libr.* II. *cap.* II. atque auctores der *Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *vol.* II. *med.* LVIII. p. 16.

SVBSECTIO QVARTA

DE MANDATO.

---

§. I.

MANDATI actione mandatarius petere potest honorarium, ipsi a mandante promissum.

1) Quidquid pacíscens pactis, contractui in continenti adiectis, alteri promittere potest ac vere promittit, illud actione ex contractu descendente peti posse, extra dubitationem est positum. Promitti posse a mandante mandatario pacto honorarium, nemo inficiabitur, qui consideret, solam mercedem remotam esse debere a mandato ex L. I. §. 4. *D. mandati;* minime autem honorarium, hocque tantum in eo a mercede differre, quod hac compensare studeamus operas mandatarii, illo vero pro iis solum gratum profiteri animum easque re-

Digitized by Google

munerare, ſecundum *L. 7. D. mandat. L.* 1. et 17. *C. de mandat.* Nonne vero itaque adplicari quoque ad id poteſt actio ex mandato deſcendens? 2) Clare id teſtatur L. 6. *D. mandati;* verum aliud colligitur *ex perſecutionibus* illis *extraordinariis*, quae ſecundum *L. 7. D. mand.* ac *tit. dig. de extraord. cognit.* obtinent, ſi nihil promiſſum, neque opera gratis praeſtari ſolet. Sunt qui hac de re dubitarunt cum GEORG. FRANZKIO; noſtram autem ſententiam inprimis expoſuit SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſ. libr.* XVII. *tit.* 1. p. 795.

§. II.

Exactiſſima diligentia in mandato quum eſt obſeruanda, mandatarius iure ac merito culpam praeſtare debet leuiſſimam.

Clare hoc ſancitur in L. 21. *C. mandati* ideoque nobis non opus fere eſt alia probatione; neque tamen minus id docet *L.* 13. *C. mandati*, quum tradit, a procuratore dolum et omnem culpam praeſtandam eſſe, atque VLPIANVS, qui *L.* 5. *§.* 2. *D. commod.* ad declarandam primam regulam exemplo quidem depoſiti; non vero mandati vtitur hocque nomine ſatis euidenter docet, in mandato rem aliter ſe habere atque illud diiudicandum eſſe aliis regulis. Qui aliam ſpeciem culpae ſolum praeſtandam putant, vel minimum reſpiciendum eſſe putant ad vtilitatem, quae ex mandato redundat, prouocant 1) ad ſatis notam illam regulam, *L.* 5. §. 2. *D. commodati* traditam, quod is contrahentium, qui nullam habet vtilitatem ex contractu, latam ſolum culpam praeſtare debeat ac cum hac 2) leges plures coniungunt, quae tantum culpam a mandatario prae-

praeſtandam eſſe, tradere videatur, videlicet L. 8. 10. ac 29. *D.* ac L. 10. *C. mandati*, neque vero minus, a depoſitario ad mandatarium eo maiori iure concludendum eſſe, perſuaſum habent, quum vterque gratuito fungitur officio hocque alterius tantum gratia ſuſcepit ac ſi quoquo deponenti dein imputandum eſt, quod negligenti amico cuſtodiam rei crediderit, non minus mandanti imputari debeat, quod negligenti amico negotium tale commiſerit. Hanc ob cauſſam reprobant regulam, quam tradidimus eamque vel in totum vel ex parte, reiiciunt Io. Schilterus, *ex.* xxviii. *theſ.* 88. Franc. Dvarenvs ad *tit. mandati cap.* 2. Everard. Otto, *comm. ad inſtit. tit. mandati*, §. 13. ac Evd. Ivl. Fr. Hoppenervs in *dem Commentar über die Heineccius'ſchen Inſtitutionen*, §. 926. Neque minus quondam eorumdem caſtra ſum ſequutus in *notis ad inſtitut. commentario Hoppiano* ſubiectis, *libr.* iii. *tit.* xxvii. §. 13. p. 759. ea vero ſententia, quam iam amplector, plures inuenit fautores. Horum in cenſum cadunt: Arn. Vinnivs *libr.* i. *quaeſt. cap.* 52. Ben. Carpzovivs, *part.* ii. *conſt.* xx. *def.* ii. Henr. Hahnivs, *ad Weſenbecium, libr.* xvii. *tit.* i. *nr.* 10. Georg. Ad. Struvius, *ſynt. iuris ciuil. ex.* xxiii. §. 10. Gerhard. Noodtivs, *libr.* iv. *probabil. cap.* 22. Casp. Henr. Hornivs, *claſſ.* xi. *veſp.* 87. Io. Balth. Wernher, *part.* iii. *obſ.* 147. Avg. Leyser, *ſpec.* clxxix *med.* 2. atque alii.

§. III.

Si mandatarius fines mandati exceſſit: ob exceſſum nequidem actione negotiorum geſtorum a mandante id, quod impendit, repetere poteſt.

Actio

Actio negotiorum geſtorum inſtitui nequit contra prohibentem, L. *fin. C. de negot. geſt.* prohibuiſſe vero cenſetur mandans id, quod contra fines mandati ſuscepit mandatarius, L. 31. §. 4. *D. de neg. geſtis* L. 5. 40. ac 41. *D. mandati.* Aduerſarii actionem mandatario concedunt ob L. 2. et 45. *D. de negot. geſtis.* In his locum tenent HIERON. TREVTLERVS, *vol.* 1. *diſp.* 27. *thes.* 7. *litt.* h. IOACH. MYNSINGER ad §. 8. *I. mandati* ac BERNARD. SCOTANVS *ad dig. diſp.* XXXV. *theſ.* 21. Sed iis refragantur GEORG. AD. STRVVIVS, *ſynt. iuris ciuil. ex.* XXII. *theſ.* 12. REINH. BACHOVIVS, ad *Treutler. loc. mem.* ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. pol. iuris diſp.* XIII. *theſ.* 1. p. 120.

§. IV.

Mandatum, licet reuocatum ſit, effectus ſuos producit; quamdiu nondum reuocationis notitia peruenerit ad mandatarium.

1) Clare hoc ſtatuit PAVLVS, L. 15. *D. mandati,* quum ait: *ſi mandaſſem tibi, vt fundum emeres, poſt ea ſcripſiſſem, ne emeres, tu; antequam ſcias, me vetuiſſe, emiſſes, mandati tibi abligatus ero;* neque vero minus 2) certo modo colligi poteſt ex L. 26. §. 1. *D. mandati;* CELSVS autem 3) id clare confirmat *L.* 17. *D. de off. praeſid.* vbi ſcribit, ratam eſſe manumiſſionem vel tutoris dationem, a praeſide poſt aduentum ſucceſſoris factum, ſi eo tempore, quo hoc negotium ab illo expediretur, ipſi aduentus illius ignotus fuerit. Opponuntur his L. 41. *D. de reb. cred.* L. 4. *pr. D. de manumiſſis vindicta* L. 25. §. 14. *D. de adquir. vel om. hered.* ac *L.* 7. *D. de diuort.* Quum id, quod protuli, quo-

quoque adprobant SAM. STRYCKIVS, *vs. mod. dig. tit. mandati*, §. 7. atque AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CLXXX. *med.* 4. diſplicet hoc Io. BALT. WERNHERO, *part.* VIII. *obs.* 488. Io. ERN. IVST. MVLLERO, *obſ. practic. ad Leyſer. vol.* II. *faſc.* I. p. 274.

SVBSECTIO QVINTA.

DE

SOCIETATE.

---

§. I.

Societas vniuerſalis tacito contrahi poteſt conſenſu.

Concludimus merito illud ex eo, quod MODESTINVS generatim de ſocietatibus adfirmet, non dubium eſſe ſocietatem coire poſſe et re; et verbis *L. 4. D. pro ſocio* et ſocietas vniuerſalis non minus eſt ſpecies ſocietatis. Neque vero minus ex eo id liquet, quod ſocietas ſit contractus conſenſualis; ille autem ſolum conſenſum; neque vllo modo certam eius formam requirit; ſocietas vero vniuerſalis etiam ſocietas eſt. Nobiscum conueniunt FRANC. MANDICA *de tac. et amb. conuent. libr.* VI. *tit.* IX. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* XII. *controv. cap.* 14. HELFR. VLR. HVNNIVS, *ad Treutler. vol.* I. *diſp.* XXVII. *theſ.* 8. ANT. FABER, *cod. Saoaud. libr.*

libr. IIII. *tit.* XXVII. *def.* 3. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* XXII. *theſ.* 22. ac Io. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XVII. *tit.* II. *quaeſt.* 2. iis autem aduerſantur, quoniam ea ſocietas locum non habet; niſi ſpeciatim in omnibus bonis contrahatur: cum ea quoque maius periculum ſit coniunctum hocque tanto maiorem requirat cautionem praeter antiquiores iuris peritos, PAVLLVM CASTRENSEM ac CAEPOLLAM, REINH. BACHOV, *ad Treutler. vol.* I. *diſp.* XXVII. *theſ.* 8. GEORG. FRANZKIVS *tit. pro ſocio, num.* 26.

§. II.

Culpam latam ſaltim praeſtare ſolet ſocius.

Concludimus illud — 1) ex eo, quod ea tantum praeſtanda ſit in ſocietate culpa, quae praeſtatur in depoſito, §. *pen. I. quibus mod. re contrah.* ac §. *fin. I. de ſociet.* in depoſito autem ſolum culpa lata locum habet. 2) Socius ſolum eam culpam in rebus communibus adhibet; quam in rebus ſuis; quo autem poſito latam tantum praeſtat culpam, *L.* 32. *D. depoſiti.* Neque vero minus id conſtat 3) ex eo, quod bonam fidem ſolum in iudicium pro ſocio venire tradat VLPIANVS; *L.* 52. §. 1. *D. pro ſocio* haecque prius haud deſiciat; quam ſi dolus; vel culpa lata adeſt *L.* 23. *D. de R. I.* quum culpa tantum requiritur in ſocietate ac hoc nomine illa oppoſitur emtioni venditioni, commodato, ac contractui pignoratitio; qui vero exiſtimant, culpam leuem a ſocio praeſtandam eſſe, prouocant potiſſimum ad *ff. fin. I. de ſocietate;* neque minus ad ſatis notam regulam, quae leuis culpae praeſtationem a quolibet contrahente exigit, ſi ad vtrumque ſpectat commodum, quod

quod ex contractu redundat, secundum §. *fin. I. quibus modis re contrahatur obligatio.* Haec est vel minimum sententia COCCEIORVM, patris videlicet in *tract. de culpa diff.* II. *obs.* 2. et 3. ac filii, *iure controuerso, libr.* XVII. *tit.* II. *quaest.* II. p. 819. Sed iis repugnat integra iurisconsultorum cohors, e quibus solum IVST. MEIERVM, *coll. argentorat. libr.* XVII. *tit.* II. *thes.* 21. et PET. MVLLERVM, *comm. ad Struu. tom.* I. *p.* 1460. nominamus.

§. III.

Qui cum vno socio contraxit, eam ob causam aduersus consocios agere nequit.

1) Neminem suo facto alterum obligare posse, regula est, iure fundata, quae etiam ad socios est adplicanda. Praeterea 2) de eo, qui vno cum socio solum contraxit, merito est statuendum, illum voluisse tantum illum sibi obligare, secundum L. 34. *D. de R. I.* L. 52. §. 5. et 6. ac *L.* 65. §. 1. *D. pro socio;* qui autem tali extraneo actionem contra consocios concedunt, illam ipsi competere putant, quod socii vnam personam repraesentent atque ex societate oriatur communio bonorum secundum *L.* 7. §. 8. *D. de A. R. D.* ac ob id quod *L.* 27. ac 82. *D. pro socio* est cautum. Consentiunt: SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XVII. *tit.* II. p. 814. LAVTERBACHIVS, *colleg. theoret. pract. libr.* XVII. *tit.* II. §. 1. DAV. MEVIVS, *comm. ad ius Lubecens. part.* III. *tit.* IX. *art.* 5. AVG. LEYSERVS, *spec.* CLXXXV. *med.* 1. *tom.* IIII. p. 375. nec non PETR. MVLLERVS, *ad Struu. exercit.* XXII. *thes.* 44. *tom.* 1. p. 1484. Sed iis repugnant: BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *const.* XVII. *def.* 2. GEORG. AD. STRVVIVS, *loc. memor.* Ce-

te-

terum totum hoc disputandi argumentum inprimis exposuit LAVTERBACHIVS, *diss. de sociorum obligatione, quae oritur ex conuentione cum extraneis*, in *tom.* III. eius *disputationum* translata.

§. IV.

Si societas ita est inita, vt vnus socius rem; alter autem operam praestet, ille eius casum ferre debet, licet ille contingat post initam societatem.

1) Casum sentire debet dominus: solum vero is socius est dominus, qui rem contulit. Clare hoc constat ex *L.* 52. §. 2. *D. pro socio* quumque 2) §. 2. *I. de societ.* euidenter traditur, lucrum solum inter socios commune esse, si vnus tantum socius rem conferat, extra dubium posita est haec propositio; ei tamen opponuntur §. *fin. I. de societ.* L. 29. §. 1. et *L.* 52. *D. pro socio* atque inprimis lex posterior, quum VLPIANVS secundum eam damnum commune esse statuit, si quidam sagariorum *) negotiationem curat atque alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suam que perdidit pecuniam. Hanc ob caussam sententiae nostrae aduersantur DIDACVS COVARRVVIAS, *var. resol. libr.* III. *cap.* 2, ac HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *resolut. iur. ciuil. libr.* III. *tract.* III. *part.* III. *quaest.* 1. Sed nihilominus ea inuenit fautores in GEORG. AD. STRVVIO, *ex.* XXII. §. 34. IO. BRVNNEMANNO, ad *L.* 1. *C. pro*

*) Sagarius erat, qui vestimenta venderet, quumque hoc negotium saepius plures coniunctim susciperent, haud ignota erant *collegia sagariorum*, quorum mentio fit in lapide apud THOM. REINESIVM, *class.* X. *num.* 9.

Digitized by Google

pro socio: SAM. STRYCKIO, *vs. mod. libr.* XVII. *tit.* II. *quaest.* 6. LVD. MENCKE *in gymnas. iur. pol. disp.* XIII. §. 4. p. 122. SAM. DE COCCEII, *iur. controuerso, libr.* XVII. *tit.* II. *quaest.* 6. Io. BALTH. WERNHERO, *part.* IV. *obs.* 214. ac auctores *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, vol.* III. p. 190.

§. V.

Si quis heredi suo societatem continuare in testamento suo imperauit, non statim morte eius societas soluitur.

Heredem omnes eas conditiones implere debere, quae ipsi sunt praescriptae; nec ita comparatae, vt pro non adiectis habeantur, eumque ad illas implendas sese hereditatis aditione obligare, constat clare; nec opus est probatione; conditionem vero de continuanda societate inter illas, quae pro non adiectis sunt habendae, numerare non possumus, quoniam hac de re legibus nihil est cautum, et licet haud alter socius obligatus sit cum herede socii societatem continuare; hic tamen, si ad id alter est paratus, id recusare nequit, vbi ipsi id a testatore est praescriptum. Quibus id non placet, pronocant ad *L.* 52. *§.* 9. ac *L.* 59. *D. pro socio* quumque inter eos omnes iurisconsultos referimus, qui regulam de morte socii, societatis fine, vniuersalem esse persuasum habent, etiam AVG. LEYSERVM, *spec.* CLXXXVI. *cor.* X. inter aduersarios numeramus; ab iis autem discedunt Io. BALTH. WERNHER, *part.* I. *obs.* 167. Io. HENR. BERGERVS, *electis disceptat. for. supplem part.* II. *tit.* 8. *suppl.* 48. ac Io. ERN. IVST. MVLLERVS, *obs. pract. ad Leysserum, vol.* II. *fasc.* I. p. 301.

§. VI.

Naturae ſocietatis haud repugnat pactum ei adiectum, ſecundum quod vnus ſocius maiorem lucri partem accipit; quam alter; vel vnus maiorem in ſe ſuſcipit partem damni; quam alter.

Clare hoc tradit IVSTINIANVS §. 1. *I. de ſocietate* ac cum ipſo conuenit VLPIANVS L. 29. *§. fin. D. pro ſocio* ac L. 38. *D. de contrahenda emt.* Aliud adfirmatur ob ea, quae memorata *L.* 29. *D. pro ſocio*: *L.* 5. §. *fin. D. pro ſocio* ac L. 32. §. 24. *D. de donat. inter vir. et vxor.* leguntur, ab ANTON. GOMEZ, *libr.* II. *reſolut. cap.* 5. ac GEORG. FRANZKIO, *ad dig. libr.* XVII. *tit.* II. *num.* 69. ſed merito his contradicunt SAM. STRYCKIVS, *de cautel. contract. ſect.* II. *cap.* X. §. 5. ac LVD. MENCKE, *in gymnaſ. pol. iur. diſp.* XIII. *theſ.* V. p. 124.

§. VII.

Exceptio diuiſionis ſocio non eſt deneganda, ſi cum reliquis ſociis ſimul contraxit; ceſſat autem, ſi ſolus contraxit.

Duobus membris conſtat propoſitio haec. Poſterius clare patet ex L. 2. *D. de exercit. act.* ac L. 27. §. *vlt. D. de pecul.* prioris autem veritatem diſcimus ex L. 44. §. 1. *D. de aedilitio edicto*, vbi actionem ex emto cum ſingulis pro portione eſſe tradit: huic vero ab aduerſariis iterum opponitur, quod ſocii ſemper vnam repraeſentent perſonam ac communio bonorum inter ſocios obtineat. Id ſtatuunt vna cum pluribus iurisperitis, quos nominauit PETR. MVLLERVS, *not. ad Struu. exercit.* XXII.

Digitized by Google

xxii. *thes.* 43. *tom.* 1. p. 1484. Avg. Leyservs, *spec.* clxxxv. *med.* 6. et per id discedit a Dav. Mevio. *comm. ad ius Lubecens. libr.* iii. *tit.* 9. *art.* 5. ac Ben. Carpzovio, *part.* ii. *const.* xvii. *def.* 12. licet hi litteratissimi viri maxime inter se dissentiant.

§. VIII.

Beneficium competentiae etiam socio particulari competit.

Clare hoc adserit Vlpianvs L. 63. *princ. D. pro socio*, quum socium in id tantum condemnari posse tradit, quod facere possit et simul scribit, haud interesse, vtrum vniuersorum bonorum; an vnius rei sint socii; qui vero illud eiusmodi beneficium competentiae denegant, ad. *L.* 16. *D. pro socio* prouocant. Iam quondam lis hac de re inter antiquiores exstitit, vti ex eo vel minimum est colligendum, quod Sabino idem placuisse scribat Vlpianvs, *loc. memor.* Id profecto non fecisset, si non Cassiani hac de re disputassent cum Proculeianis; neque vero minus, quod potissimum notandum, recentiori autem tempore, Bergervs, *loc. memorat.* Sam. de Cocceii, *iur. controuerso, libr.* xvii. *tit.* ii. *quaest.* 13. p. 811. Elbert. Leoninvs, *libr.* vi. *emend. cap.* 14. et Ivl. Pacivs, *lib.* iii. *ἐναντιοφανων cap. vlt.* hanc quaestionem, diuersa tamen ratione, decidunt.

CAPVT QVINTVM

DE

CONTRACTIBVS VERIS INNOMINATIS.

§. I.

CONTRACTVS aeſtimatorius eſt contractus innominatus.

Quicunque contractus actionem producit praeſcriptis verbis, ille contractus eſt innominatus. Iam ſtatuitur illud de contractu aeſtimatoria, *L.* 1. *pr. D. de aeſtimatorio*; qui autem illum inter nominatos referunt, ideo id ſtatuunt, quod eum comparent ob aeſtimationem cum emtione venditione, ob *L.* 10. *D. de iur. dot.* ac *L.* 3. *D. locati*: vel cum locatione, ob *L. vlt. D. ad leg. Rhod. de iactu*; vel cum mandato, ob *L.* 2. §. *vlt. D. mandati.* Diſſentiunt hac de re Io. ERN. FLOERKIVS, *de contractu aeſtimatorio tanquam contractu innominato*, Halae CIↃIↃCCLV. ac GOTTL. MVLLERVS, *vindiciis contractus aeſtimatorii ſecundum eos, qui in nominatorum numerum adſerunt*, Lipſiae CIↃIↃCCLXXVIII.

§. II.

In contractu aeſtimatorio dominium non transfertur.

Si

Si 1) transiret dominium in contractu aestimatorio, esset species venditionis; verumenimuero diuersum illum esse contractum, docet *L.* 1. *pr. D. de aestimatoria.* Comparatur 2) cum mandato; vel locato, secundum legem modo laudatam; sed neutrum horum negotiorum transfert dominium. Neque 3) ex nomine; neque ex facto animus transferendi adparet, quod in se contineat translationem: nullum enim habet nomen; praeterea vero solum eum in finem saltim alteri rem tradimus, vt eam vendat. Si 4) dominus fieret, reuera periculum ferre deberet; sed solum dolus et culpa ab illo praestari debet, secundum L. 17. §. 1. *D. de praescript. verbis.* Tandem 5) eo in casu, vbi dominium transiret, reuera non liberum esset accipienti rem restituere eoque nomine obligationi suae satisfacere; verumenimuero hoc ipsi est permissum. Inter eos, qui nostrae adhaerent sententiae, locum tenent: SAM. DE COCCEII, *iur. controuerso, libr.* XVIIII. *tit.* III. *quaest.* 2. Io. SCHILTERVS, *exercitat. ad D.* XXXII. §. 5. GOTTL. GERH. TITIVS, *ad Lauterbach.* p. 627, sed aliud placet ob alternatiuam obligationem aut rem; aut eius pretium restituendi ac difficultates, eiusmodi rem alienandi: periculum, in emtorem ex *L.* 1. §. 1. *D. de aestimatoria actione* transiens, effectus dominii in accipiente locum habentes ac venditionem, cuius gratia aestumatio initur, Io. HENR. BERGERO, *resolut. leg. obstant. tit. de aestim.* §. 1. WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *de contract. innominatis,* §. 2. *num.* 2. sqq. AVG. LEYSERO, *spec.* CCXXI. *med.* 4. ac inprimis IVST. HENNING. BOEHMERO, *diss. de translatione dominii in contractu aestimatorio*, quae *tom.* III. *exerc. ad pandectas*, p. 538. est inserta, ac Io. HENR. STVHLMANNO, *de domino per contractum aestimatorium ante solutionem pretii in accipientem translato*, Gottingae CIↃIↃCCLXX.

§. III.

Permutatio a contractu do, vt des, haud differt.

Euidenter rem hanc comprobat PAVLLVS, vbi vnum idemque ſtatuit L. 5. §. 1. *D. praeſcriptis verbis*, permutationem inire ac rem dare, vt rem accipiam; neque minus hoc conſtat ex ratione ipſa permutationis. Cum nobis conſpirant: Io. CORASIVS, *libr.* II. *miſcellaneor. cap.* 15. IAC. CVIACIVS, *libr.* XXIII. *obſ.* 20. ANT. PEREZ, *ad tit. C. de rer. permutat. num.* 5. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* XXV. *theſ.* 16. *tom.* I. p. 1732. et alii; quoniam autem aduerſarii ſupponunt, mutua rerum datione permutationem perfici hocque haud requiri ad contractum do vt des: permutationem conuentionem praecedentem ſupponere; minime autem contractum do, vt des: porro maiorem cognationem eſſe inter permutationem atque emtionem venditionem; quam inter contractum do vt des atque emtionem, ii noſtrae ſententiae repugnant, nimirum HIERON. TREVTLERVS, *vol.* I. *diſp.* XXX. *theſ.* 4. ANTON. FABER, *libr.* VI. *coniecturar. cap.* 9. atque alii.

§. IV.

Permutatio contrahitur traditione ab vna parte ſuſcepta.

Clare hoc conſtat ex L. 1. §. 2. *D. de rer. permutat.* opponitur tamen eadem lex huic ſententiae. Inter diſſentientes numeramus BENED. CARPZOVIVM, *part.* II. *conſt.* XIII. *def.* 3. ſed, quod tradidi, non minus proferunt DAV. MEVIVS *part.* VIII. *dec.* 319. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. polem. iuris diſp.* XIV. *theſ.* X. p. 141.

§. V.

§. V.

In permutatione per traditionem dominium transfertur.

Si traditione dominium haud transferretur, is, qui rem ſuam ob contractum permutationis initam alteri tradidit; eam autem eo nomine repetere vult, quod alter promiſſis ſuis haud ſatisfacit, actionem ſine dubio haberet realem; verum tamen ſaltim perſonalis ipſi conceditur L. 1. §. 4. *D. de rer. permutat.* Denegat imperator 2) eo in caſu claris verbis rei vindicationem aduerſus tertium rei poſſeſſorem, permutanti L. 4. *C. de rer. permutationibus;* aliud vero ab aduerſariis colligitur ex *L.* 3. *D. de pign. act.* Haec eſt ſententia Io. Nic. Hertii, in *diſſ. de conuentionibus dominii translatiuis*, §. 3. *num.* 2. Io. Henr. Berger, *reſolut. legum obſtantium*, *libr.* XIX. *tit.* IV. *quaeſt.* 2. p. 441. et Io. Ordv. Westenbergii, *elem. iuris ciuil. ſecundum ord. digeſtorum*, *libr.* XLI. *tit.* 1. §. 149. Deflectit ab illa Edm. Merillivs, *libr.* II. *obſeruat. cap.* 13. et *libr.* V. *cap.* 6. hancque ob rem etiam notatus eſt a Io. Ivst. Raabe, *de peculiari indole permutationis, quod ad traditionem attinet*, Marburgi, CIↃIↃCCLIV.

CAPVT SEXTVM
DE
QVASI CONTRACTIBVS.

§. I.

In quasi contractibus haud adest consensus fictus ex parte eius, qui per illum obligatur.

1) Haud prius fictionem adsumere possumus; quam si legem nominare possumus, in qua illa fundatur; sed ea proferri nequit. Quum 2) ea est fictionum iuris natura, vt id, quod fingatur, existere possit; sed reuera tamen haud existit eamdemque ob causſam esse fingitur, illa cogitari nequit, si quoque obligationem ex quasi contractu in eo videmus, qui dissentit ideoque consensisse non est fingendus; sed hoc adparet ex *L.* 2. *D. de tigno iuncto* ac *L.* 14. §. 13. *D. de religiosis.* Accedit 3) quod fictio numquam prius locum habeat; quam si id, quod fingitur, reuera necessario ad id requiratur, in quo illud fingitur; sed obligationes quasi ex contractu sine vllo pacto ideoque etiam sine omni consensu sunt cogitandae ideoque nec opus est, vt consensus fingatur. Quoniam obligationes hae dicantur obligationes ex quasi contractu ac contractus sine consensu contrahentium cogitari nequeunt et tamen verus non adest, plerique omnino fictum illum consensum adsumendum esse statuerunt atque eorum castra est sequutus Io. Avg. Hellfeldivs, *iurisprud. for. libr.* II. *tit.*

tit. XIV. §. 307. Sed recentiori tempore iurisconsulti discedere maluerunt in sententiam SAM. DE COCCEII, *iur. controuerso, libr. tit.* XIV. *quaest.* 12. qui iam suo tempore fictionem hanc in dubium vocaret, videlicet WOLR. BVRCHARDI, *diss. caussam principem quasi contractuum non in consensu ficto; vel praesumto; sed in solo facto licito esse ponendam*, Herborn. CIↃIↃCCLIX. IO. CONR. ENGELBRONNER, *prolusione de fictitio fundamento consensus ficti; vel praesumti in quasi contractibus*, Cassel. CIↃIↃCCLXIV. Io. IAC. PREHN *in der Erörterung der Frage, ob die Legitimation unehelicher Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe*, Rostochii, CIↃIↃCCLXXVII. Io. GOTTL. LANGSDORF de *pactis et contract. Romanorum*, Manheim. CIↃIↃCCLXXVII. *cap.* IX. §. 139. atque ADOLPH. DIETR. WEBER in *der systematischen Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung, Abtheil.* I. §. 24. p. 59.

§. II.

Litis contestatio non est quasi contractus.

Quum ita formamus hanc propositionem: silentium iuris Romani ad eam corroborandam sufficit quumque obligationi inter eas, quae quasi ex contractu oriuntur, locum prius haud adsignare possumus; quam si ei iure Romano est tributus, merito eam excludere debemus istarum e censu, quae oriuntur ex litis contestatione. Quoniam plerique iurisconsultorum fingi putant, facta litis contestatione, litigantium consensum de lite eo modo, quo coepta est, continuanda atque, ex ficto consensu nasci quasi contractum, persuasum habent,

aliter ſentiunt. Ex iis ſolum nomino Io. Avg. Hellfeldivm, *iurisprud. for. libr.* v. *tit.* 1. §. 508. verumtamen nobiscum conſpirant Io. Ordvin. Westenbergivs de *cauſſis oblig. diff.* vi. *cap.* iii. §. 22. ſqq. ac Dietr. Adolph. Webervs in *der ſyſtematiſchen Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, Abheil.* 1. p. 70.

§. III.

Non neceſſe est in negotiorum gestione, vt negotiorum gestor eum in finem negotium alienum gerat, vt vtilitatem illius promoueat atque animum, inducendi obligationem, habeat.

1) Quum ad negotiorum geſtionem nullus conſenſus requiratur, propterea quod ſit quaſi contractus: neque id, quod tradidimus, ad illam neceſſarium eſt. Si 2) praedo negotiorum geſtorum actione tenetur, qui animo lucrandi aliena gerit negotia: nec neceſſarium eſt propoſitum alterius rationibus per negotiorum geſtionem conſulendi: illud autem patet ex *L.* 6. §. 3. *D. de negot. geſtis.* Quum tandem 3) Titius negotiorum geſtorum actionem habet, etſi, dum ea negotia gererem, negotium Meuii id eſſe, perſuaſum haberem, ſecundum *L.* 6. §. 11. *D. de negot. geſtis* clare patet, non opus eſſe eiusmodi propoſito. Qui vero in negotiorum geſtione vtrumque requirunt, partim ad voculam *vtiliter*, in *L.* 2. et 10. *D. de negotiis geſtis*; partim ad *L.* 4. 9. 27. §. 1. ac *L.* 44. *D. de neg. geſtis* prouocant. Pugnant hac de re Lavterbachivs, *comp. dig. h. t.* eiusque interpres, Sam. de Cocce-

Digitized by Google

COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* III. *tit.* V. *quaeſt.* 1. p. 185.]

§. IV.

Negotiorum gestor culpam praestat leuissimam.

1) Qui aliena negotia ſponte in ſe ſuſcipit, ſummam in iis gerendis adhibere debet diligentiam, *L.* 21. *C. mandati* ac *L.* 1. §. 35. *D. depoſiti*; negotiorum geſtor autem alienis negotiis ſemper ſponte ſe immiſcet. 2) Quum leges praeſtationem culpae ei imponunt, de quo, vt exactiſſimam obſeruet diligentiam, volunt, *L.* 1. §. 4. *D. de V. O.* §. 2. *I. quib. mod. re contrahat. obligatio*, atque ille, qui prouidentia, qua rebus ſuis praeeſt, a nemine ſe ſuperari patitur, adhibet diligentiam in negotiis alienis exactiſſimam, ſi ea gerit, quaſi ſua gerere ſolitus eſt, verba imperatoris §. 1. *I. de oblig. quae quaſi ex contract.* rem euidenter demonſtrant. 3) Qui praeſtare id debet, quod praeſtari poteſt a diligentiſſimis, culpam praeſtat leuiſſimam; prius autem de negotiorum geſtore poſtulat *L.* 6. §. *fin. D. de negot. geſtis.* 4) Quemadmodum ſaepius ſub culpa, generatim dicta, omnes eius ſpecies comprehenderunt Romani, obſeruante ABR. WIELING, *lect. iur. ciu. libr.* 1. *cap.* 7. p. 26. ita quoque ſub culpa in *L.* 11. *D. de neg. geſt.* ea, quae caſui opponitur, eſt intelligenda. 5) Idem teſtatur *L.* 25. §. 16. *D. fam. erciſcund.* Haec ſunt argumenta, quae ad roborandam noſtram ſententiam faciunt: illa, quibus aduerſarii vtuntur, ſunt ſequentia, quod nimirum maxime iniquum ſit, a negotiorum geſtore culpae leuiſſimae praeſtationem peti, nullum commodum percipiat illa ex geſtione

ne

ne negotii, et ordinarie is ſummam diligentiam adhibere haud debeat, qui nullam vtilitatem percipit, *L.* 5. §. 2. *D. commod.* porro hac in re ei faueant *L.* 3. §. 9. *D. de negotiis geſtis* ac *L.* 6. §. 12. *D. eiusd. tit.* ſolum doli et culpae praeſtatio exigatur ab eodem in *L.* 11. *D. de negot. geſtis*, et ſi de culpa ſolum ſit ſermo; neque adiiciatur, quae eius ſpecies intelligenda ſit, illius nomen ſolum culpam denotet leuem atque tandem *L.* 17. ac *L.* 20. *C. de negot. geſtis* diligentia media in hoc requiratur negotio. Diſſentiunt partim ii, qui culpam ſolum leuem praeſtandam eſſe putant, videlicet AMAD. ECKOLDVS, *ad dig. tit. de neg. geſt.* §. 8. Io. ZOESIVS ad *dig. tit. cod. num.* 8. GEORG. FRANZKIVS, *exerc. iur. libr.* II. *quaeſt.* 7. CONRAD. RITTERSHVSIVS, ad L. 23. *D. de R. I.* Io. HENR. BERGER, *oecon. iuris, libr.* III. *tit.* VIII. *theſ.* 2. *not.* 1. ac GOTTFR. LVD. MENCKE, *diſp. leuem culpam a negotiorum geſtore ordinarie praeſtari*, Helmſtadii, clɔlɔccLx. partim ii, qui rem arbitrio iudicis decidendam eſſe cenſent, cum DION. GOTHOFREDO, ad L. 23. *D. de reg. iur.* ac Io. BRVNNEMANNO, ad *L.* 3. §. 9. *D. de negot. geſtis*, ſed noſtra ſententia placet STRVVIO eiusque interpreti MVLLERO, *loc. cit.* ARN. VINNIO, *ad* §. 1. *I. de obl. quae quaſi ex contractu.* SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* III. *tit.* V. *quaeſt.* 7. p. 292. CHR. LVD. CRELLIO, *diſſ. de omni culpa in negot. geſt. iudicio praeſtanda*, Vit. clɔlɔccxxxvIII. ac I. L. E. PÜTTMANNO, *probabil. iuris ciuil. libr.* I. *cap.* XIV. p. 103.

§. V.

Tam ſcientis; quam praeſentis negotia geri poſſunt.

Ne-

Negotiorum geſtionem fieri poſſe, ſi ille, cuius negotia geruntur, praeſens ſit, docet nos PAVLLVS, *L.* 41. *D. de neg. geſtis*, dum requirit, eiusmodi hominem vel abſentem eſſe; vel negotiorum geſtionem ignorare debere. Neque tamen ſimpliciter ignorantiam neceſſariam eſſe, conſtat ex exemplis eorum, qui plane conſentire nequeunt, velut impuberum, furioſorum, menteque captorum. Quum eorum negotia ſolum geruntur, licet expreſſe ei, qui illa adminiſtrat, id committant hacque ratione id ſciant L. 14. §. 15. *D. de relig.* *L.* 19. §. 2. et 46. *D. de negot. geſtis*, nemo id in dubium vocabit. Qui ſine diſcrimine ob §. 1. *I. quae quaſi ex contractu* ac *L.* 1. et 2. *D. de negot. geſtis* ignorantiam; vel abſentiam in eo, cuius negotia geruntur, requirunt, reuera diſſentiunt, vti ex iis patet, quae proferunt: OBERT. GIPHANIVS, *diſp. ad inſt. libr.* III. §. 89. REINH. BACHOVIVS, *vol.* I. *diſp.* X. *theſ.* 6. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controv. libr.* III. *tit.* V. p. 286.

§. VI.

Pupillus negotiorum eius ex gestione aliter haud tenetur; quam si locupletior est factus.

1) SEVERVS atque ANTONINVS imperatores claris verbis reſcripſerunt, impuberes actione negotiorum geſtorum ſolum teneri, in quantum locupletiores ſunt facti *L.* 2. *C. de neg. geſtis.* 2) Eadem ratione id tradit PAVLLVS, in *L.* 37. *D. de negot. geſtis* ac *libr.* 1. *ſententiar. recept. tit.* XIII. §. 2. in *iurisprudentia Anteiuſtinian.* SCHVLTINGII, p. 226. neque 3) minus hoc adparet ex *L.* 6. *pr. D. de negot. geſtis.* Qui autem illud

illud haud in pupillo desiderant, actione negotiorum, gestorum contraria conueniendo, ad aequitatem naturalem: generalia de negotiorum gestione principia, in *L.* 10. §. 1. *D. de negot. gestis* tradita: *L.* 46. *D. de oblig. et act. L.* 3. §. 4. ac *L.* 22. *D. de neg. gestis* prouocant atque alium simul sensum *L.* 37. *D. de neg. gestis* adfingunt. Hoc de dicendi argumento memoranda est controuersia inter CHR. THOMASIVM, *diss. de pseudo priuilegio pupilli conuenti actione contraria negot. gestor. ad L.* 37. *ff. de negot. gestis*, quae Halae cIↃIↃCCLXXXI. prodiit et *tom.* II. *dissertat.* p. 231. denuo lucem adspexit, ac HENR. BROCKES, qui quondam nostram ornabat academiam, *progr. quo ius pupilli singulare in L.* 37. *pr. ff. de neg. gest. deprehensum pseudopriuilegium esse contra Thomasium negat*, lenae cIↃIↃCCL.

§. VII.

Non omne pactum, quò quis diuisioni rei communis renunciat, est inualidum.

Quemlibet iuri suo renunciare posse, regula est, hancque ob rem, exceptiones ei adiectae, strictissime sunt interpretandae. Quum itaque ordinarie quilibet socius iuri, ad diuisionem prouocandi, renunciare potest, non possumus non stricte explicare leges, quae permittunt socio instituere actionem communi diuidundo. licet ei renunciauerit. Quoniam itaque solum *L.* 70. *D. pro socio* societatem in aeternum coire vetat ac *L.* 14. §. 2. *D. communi diuidundo*, tantum pacta, *ne omnino diuisio fiat*, nullas habere vires, adfirmat: merito ex eo concludimus, ea pacta, in quibus quis ad diuisionem certo in tempore non petendam, se obligat; vel quae ob certam legibusue haud vetitam caussam.

v.

v. c. ob ſplendorem familiae conſeruandum, ſunt inita, non eſſe inualida. Facile eſt perſpiciendum, *L.* 14. §. 2. *D. L.* 70. *D. pro ſocio* ac *L. fin. C. comm. diuid.* huic ſententiae ab aduerſariis opponi. Ita ſentit DAV. MEVIVS, *part.* IX. *deciſ.* 251. ſed aduerſantur ii omnes iurisconſulti, qui generatim ſtatuunt, a ſocietate diſcedere, ei permiſſum eſſe, qui pacto huic facultati renunciauit.

§. VIII.

Diuisio iudicialis propter laesionem enormem reſcindi potest.

Propter laeſionem enormem in integrum reſtitutio impetratur *L.* 2. *C. de reſcind. emt. vend.* hocque etiam locum habet contra ſententiam, cum qua diuiſio iudicialis comparari ſolet; aliud vero aduerſarii colligere volunt ex *L.* 36. *D. communi diuidundo: L.* 4. *C. de re iudicata: L.* 2. *C. quando prouocare non eſt neceſſe:* ac *L.* 2. *C. ſententiam reſcindi non poſſe.* Diſſentiunt: CHRIST. PHIL. RICHTER, *deciſ.* XCVI. *num.* 46. BENED. CARPZOVIVS, *part.* II. *conſt.* 34. *def.* 11. ſed STRVVIVS, *exercit.* XV. *theſ.* 16. ac MVLLERVS, eius interpres, ad *hunc. loc.* cum aliis noſtram probat ſententiam.

§. IX.

Etsi per sortem facta sit diuisio; reſcindi tamen potest ob laesionem immodicam.

Si partes, quarum conſtitutio ſortitioni praecesſit tam inaequaliter ſunt factae per errorem; aut dolum diuidentium, merito iis, qui non id animaduerterunt, ſuccur-

curritur, secundum *L.* 3. *C. comm. vtr. iud* qui autem illud negant, ad naturam sortis, cui sponte diuidentes se submiserunt eiusque incertum prouocant euentum. Disputant hac de re PHIL. MATTHAEI, *vol.* 1. *conf. Marburg. conf* XXXII. *nr.* 23. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* XV. *thes.* 16. *tom.* 1. p. 916. ac CHR. LVD. CRELLIVS, *diss. vtrum diuisio per sortitionem facta ob laesionem rescindi possit, ad L.* 3. *comm. vtr. iudic.* Vit. cIↃIↃCCXLIII.

§. X.

Res communis ab vno socio in melius mutari potest, licet alter id prohibeat.

Clare hoc constat ex *L.* 13. §. 1. *D. de seruit. praed. vrbanor.* quum parietem communem incrustare pretiosissimisque tabulis condecorare permittit. Litigant hac de re Io. BRVNNEMANNVS, ad *cap.* 56. *de reg. iur. in Vlto* ac AVG. LEYSERVS, *spec.* CXVIII. *cor.* 1.

§. XI.

Heredes sibi inuicem euictionem praestare debent, quamuis diuisio rerum hereditariarum a patre sit facta.

1) Praesumtio est, patrem voluisse aequalitatem inter liberos obseruare, *L.* 17. *C. de collat.* ita vero non obseruaretur, vbi, quod damnum vnus coheredum sentiret, alter simul ferre recusaret. 2) Testatur id *L.* 33. *D. famil. erciscund.* 3) Idem docet *L.* 77. *D. de leg.* 2. Aliter sentiunt, quoniam id, quod praeter legitimam relinquatur, cum donatione sit comparandum haecque prae-

praeſtationem excludat euictionis, praeterea autem *L. 77. §. 8. D. de leg. 2.* euicto praedio, quod vni filiorum erat relictum, nullam cum fratribus et ſororibus eſſe actionem tradat, HIERON. TREVTLERVS, *vol. I. diſp. XIX. theſ. 12.* ANDR. GAILIVS, *libr. III. obſeruat. 116.* IAC. MENOCHIVS, *libr. III. praeſ. 118.* ac SAM. COCCEII, *inr. controu. libr. X. tit. II. quaeſt. II.* iis autem repugnant: REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. loc. citat.* Io. SCHILTERVS, *ex. XX. theſ. 86.* Io. A SANDE, *deciſion. libr. IV. tit. II. def. 2.* SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. libr. X. tit. II. §. 8.* atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol. II. med. CV. p. 280.*

§. XII.

Vſurae condictione indebiti haud quidem peti; repeti tamen poſſunt.

Duobus membris propoſitio haec conſtat, quorum vtrumque controuerſum. Quum priori ei, qui quidquam indebite ſoluit, facultatem, vſuras quoque indebite ſoluti tamquam ſortis petendi, denego, tria ſunt argumenta, quibus hoc probo. 1) Quod indebitum per errorem ſoluitur, aut ipſum; aut tantumdem repetitur, *L. 7. D. de condict. indebiti.* 2) Vbi vſurae neque ex conuentione; neque ex mora oriuntur, ibi nec debentur; quum autem condictio indebiti ſolum contra eum locum habet, qui, quum pecuniam accepit, ſe illam iure accipere poſſe, eſt perſuaſus bonamque habet fidem; neque animum habet, ſe ad eius reddditionem obligandi, neque ex conuentione; neque ex mora, quam error ſemper excludit, vſurae locum habent. 3) Teſtatur, id clare

L. 1. *C. de condict. indebiti.* *) Ob id, quod receſſu imperii, anni CIↃIↃC. §. *ſo viel dieſem nach* cautum ac conſuetudinem, quae obtinere videtur, aliter ſentiunt: HENR. HAHNIVS, *ad Weſenbecium, tit. dig. de vſuris num.* 2. BENED. CARPZOVIVS, *libr.* IIII. *reſponſ.* 51. *num.* 22. MATTH. BERLICHIVS, *part.* II. *concl.* 38. *num.* 2. IAC. FRID. LVDOVICI, *compend. pand. iur. ciu. tit. de cond. indebiti* §. 5. Io. SCHILTERVS, *ex.* XXIV. §. 38. ſed cum nobis faciunt: GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XVIII. *theſ.* 44. *tom.* I. p. 1187. eiusue interpres, PETR. MVLLERVS et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CXLVIII. *med.* 9. Sed haec de priori membro: neque minus omnem attentionem meretur poſterius, quo ſtatuimus, condictione debiti omnino repeti poſſe vſuras, indebite ſolutas. Hoc quum non, niſi iis de vſuris eſt intelligendum, quas quis ex ignorantia ſoluit facti: earum repetitio ſoluenti eo minus deneganda eſt, quum omne id, quod indebite ſolutum, condictione hac repeti poteſt, ſi ſcilicet illud haud factum ſit ſcienter; vel ex ignorantia iuris. Eiusmodi vſurae inter indebite ſoluta merito referri poſſunt eoque minus exceptionem admittunt regulae, quum iis leges haud faueant, *L.* 49. *§.* 1. *D. de act. emti* ac illae magis ſunt reſtringendae; quam extendendae, ſecundum *L.* 19. *D. de liber. et poſtu-*

*) Ratio L. 1. *C. de condictione indebiti* in eo, quod condictio indebiti actio ſit ſtricti iuris, haud eſt ponenda. Longe aliam rationem legis reddit imperator: immo eam, quam modo indicauimus, habere haud potuit, propterea quod nondum eſt exploratum, ſolutionem indebiti eſſe negotium ſtricti iuris. Quaecunque enim actio ex aequo et bono eſt introducta ac fundatur in aequitate naturali, illa eſt bonae fidei; prius autem de condictione indebiti adfirmat *L. pen. de condict. indebiti.* Diſſentiunt: Io. SCHILTERVS, *prax. inr. Rom. exerc.* XXIV. *§.* 37. ac SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. de condict. indeb.* §. 2.

zed by Google

poſtumis hered. inſtituend. Neque minus id haud obſcure ſignificat VLPIANVS, *L.* 26. *§.* 2. *D. de condiſtione indebiti*, quum condictionem vſurarum, ſi quis falſo ſe ſortem debere credit, permittit. Rationem huius regulae in ea ponit, quod haud videatur ſciens debitum ſoluiſſe ac per id quoque haud obſcure indicat, omni tempore condictionem indebiti obtinere, ſi ex ignorantia iuris vſurae ſunt ſolutae. Etſi vero haec ſeſe habeant; verba illa memoratu digna, quae VLPIANVS paullo ante profert, nimirum *L.* 26. *pr. D. de condict. indebiti: ſi non ſortem quis; ſed vſuras indebitas ſoluit, repetere non poterit* *), noſtrae ſententiae opponuntur.

 Illud

*) Satis notum eſt, codicem Florentinum aliter verba huius legis exhibere; quam proferuntur in vulgata editione, quumque haec ita illa habet: *ſi non ſortem quis, ſed vſuras indebitas ſoluit, repetere non poterit, ſi ſorti debitas ſoluit*, in codice Florentino ita leguntur: *ſi non ſortem quis; ſed vſuras indebitas ſoluit, repetere non poterit, ſi ſortis debitae ſoluit.* GREGORIVS HALOANDER praetulit; neſcio tamen, qua ex ratione, lectionem vulgatam Florentinae; nec negandum eſt, omnino ſenſum idoneum habere locum hunc, ſi quoque retineamus vulgatam lectionem, quum ab his vſuris ſorti debitis iurisconſultus ſeſe vertit ad illas, quae ſupra legitimum modum ſunt ſolutae hasque iſtis opponere videtur, ſi, ſub vſuris, ſorti debitis cum Io. SCHILTERO, *prax. iur. Rom. ex.* XXIV. §. 37. illas intelligamus, quae legitimum modum haud transcendunt. Etſi vero ita ſeſe habeant: omnino cum V. C. WEBERO, *loc. memorat.* retinendam arbitror lectionem Florentinam, quum prius haud adprobare poſſumus coniecturam SCHILTERI; quam ſi exempla proferri poſſent, vocatas fuiſſe a veteribus vſuras legitimas *vſuras ſorti debitas.* Mihi vel minimum haud eſt notum, veteres ita loquutos fuiſſe quumque potius ſub illis eas debemus intelligere, quae non ſunt indebitae, plane adeſſet verborum repugnantia, ſi vulgatam ſequi vellemus lectionem. Tanto commodius vero verba noſtra cum ſequentibus, quibus ſermo eſt de vſuris ſortis non debitae ſolutis, conciliari poſſunt

Illud fit ab aduerſariis, nimirum Io. Brvnnemanno ad *L.* 26. *D. de condictione indebiti*, Vlrico Hvbero *praelect. iuris ciuilis, ſecundum ord. digeſtorum, libr.* xii. *tit.* vi. *num.* 6. Io. Schiltero, *exerc.* xxii. §. 5. ac Io. Voetio, *comment. ad pandect. tit. de condictione indebiti, num.* 13. verumenimuero eorum ſententia eſt exploſa a Hvg. Donello ad *L.* 18. *C. de vſuris* ac potiſſimum ab Adolpho Dieteric. Webero, *comm. de vſuris indebite ſolutis earumque tam repetitione; quam in ſortem imputatione, ad L.* 26. *pr.* §. 1. *et* 11. *D. de condict. indebiti*, Suerini cIↃIↃCCLXXXIII.

§. XIII.

Ignorantia iuris si quid est solutum, condictione indebiti repeti non potest.

1) Claris verbis rem demonſtrant *L.* 10. *C. de iuris et facti ignorant.* et *L.* 9. *C. ad leg. Falcidiam.* 2) Quod ſi poſſunt ſaepiusque iam monui, ſine cauſſa iurisconſultum diſcedere haud debere a codice Florentino; Vlpianvm autem hoc loco ad eum reſpicere, qui ſcienter vſuras indebitas ſoluit, mihi quoque eſt probabile. Haud audeo illud demonſtrare cum Webero *comment. laudata de vſuris indebite ſolutis* §. xvii. ſqq. ex reliquis fragmentis *libri* xxvi. *ad edictum* Vlpiani, ex quo delibatam quoque conſtat noſtram legem, ſecundum inſcriptionem, quoniam in iis de illis, qui ſcienter indebitum ſoluerunt, non minus; quam iis eſt ſermo, qui hoc ex ignorantia quadam ſuſcepertunt, quemadmodum id ſtatim liquet ex *L.* 1. *D. de condict. indebiti*; ſed concludo potius ex ratione ab Vlpiano adiata §. 2. cur condictio obtineat, ſi quis falſo ſe ſortem debere credit eamdemque ob rem vſuras ſoluerit, quum in eo illam ponit, *quod non videatur ſciens indebitum ſoluiſſe.* Profecto hoc haud animaduertiſſet; niſi ſimul per id ſignificare voluerit, omnino eos ſcientes indebitas vſuras ſoluiſſe, de quibus, ipſi in antecedentibus verbis eſſet ſermo.

Digitized by Google

ſi error iuris condictionem produceret, non neceſſe fuiſſet, conſtitutionibus ſingularibus quibusdam condictionem concedere, vbi quidquam ſoluunt ex errore iuris; ſed permiſſum eſt id ſolum nonnullis iisque tantum, quibus alioquin error iuris non nocet. Id tribuit *L. 9. C. ad SC. Velleian.* mulieribus ac *L. 2. C. si aduerſus ſolut.* minoribus; nonne vero *L. 9. D. de iuris et facti ignorant.* minoribus et feminis ius ignorare permittit? 3) Regula eſt, iuris ignorantiam cuique nocere, tradita in *L. 9. D. de iuris et facti ignorant.* 4) Si ignorantia iuris, teſte PAVLLO, *L. 9. §. 5. D. de iuris et facti ignor.* non prodeſt, neque condictionem indebiti procreat. 5) Requirunt *L. 6. C. de iur. et facti ignor. L. 6. et 7. C. de cond. indeb.* errorem facti ad condictionem ac per id errorem iuris excludunt. 6) Qui ſciens indebitum quid ſoluit, condictionem haud habet; cum iſto vero ille, qui ſcire quid debet, licet id neſciat, in iure comparatur, ſecundum *L. 8. D. ad leg. Aquiliam.* Aliam in ſententiam diſcedunt ob *L. 7. D. de R. I.* ſecundum quam iuris ignorantia ſuum petentibus non noceat atque alias leges, nimirum *L. 8. D. de iuris et facti ignorantia, L. 59. D. de condict. indebiti* ac *L. 28. D. eiusd. tit.* ARN. VINNIVS, *libr. 1. ſel. quaeſt. cap. 47.* SAM. STRYCKIVS, *loc. excit.* ac IO. EBERW. REICHMANN, *diſſ. de condict. indeb. ob ignor. iuris non excludenda*, Marb. CIↃIↃCCXXIII. ALB. PHIL. FRICK, *de indebitum ſoluente per ignorantiam iuris ciuilis ad indebiti condictionem admittendo*, Helmſtadi, CIↃIↃCCLXXVIII. ac IO. ERN. IVST. MVLLERVS, *obſ. pract. ad Leyſ. vol.* II. *faſc.* 1. p. 154. ſed noſtram probant: IO. ROBERTVS, *ſent. iur. libr.* 1. *cap.* 6. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XVIII. *theſ.* 40. *tom.* 1. p. 1183. LVD. MENCKE, in *gymnasio iuris polem. diſp.*

XI. p. 98. Io. SCHILTER, *ex.* XXIV. *theſ.* 32. at alii, quibus Io. GVIL. MARCKARDVM, *de condictione indebiti per errorem iuris ſoluti, in exerc.* eius *acad.* addas.

§. XIV.

Pupillus, quod sine auctoritate tutoris ſoluit, condictione indebiti repetere potest.

1) Si quis id ſoluit, quod naturaliter non debet, indebite ſoluere dicitur. Videmus id ex eo, quod, qui ex obligatione ciuili ſtricte ſic dicta, ſoluit, habeat condictionem, L. 26. §. 3. L. 40. et 43. *D. de condict. indebiti* et ei illa denegatur, qui naturaliter id debet, licet ciuiliter haud ſit obligatus, *L.* 10. *D. de oblig. et act. L.* 13. 19. 26. §. 12. ac *L.* 60. *D. de condict. indeb.* hancque ob rem ille mutuam pecuniam, quam, quum filiusfamilias eſſet, accepit et dein ſoluit, repetere non poteſt. Pupillus autem ſine auctoritate tutoris naturaliter non obligatur, quod patet ex *L.* 43. et 59. *D. de obl. et act.* ac *§.* 9. *I. de inutil. ſtipulat.* ideoque ſemper, vbi ſolvit ſine tutore, indebite ſoluit. 3) Teſtatur id clare *L.* 41. *D. de condict. indebiti.* 3) Videmus idem ex *L.* 13. *D. de condict. indebiti.* Requirit pubertatem in eo, qui recte vult ſoluere mutuum, quod impubes ſine tutore; ſed ſuam in vtilitatem, accepit. Aduerſarii ei condictionem, quod natura obligatur, denegant. In iis locum tenet ARNOLD. VINNIVS, ad §. 9. *I. de inutil. ſtipulat.* ſed nobiscum faciunt Osw. HILLIGERVS, in *Donello enucleato, libr.* XII. *cap.* 22. *litt. k.* GEORG. AD. STRVVIVS, *loc. laudat.* ac SAM. DE COCCEII, *inc. controu. libr.* XII. *tit.* VI. *quaeſt.* 7.

§. XV.

§. XV.

Institoris officium morte praeponentis non finitur.

1) Requirit VLPIANVS *L.* 11. *D. de institor. action.* eo ab herede, qui ab institore a defuncto praeposito, amplius obligari non cupit, vt hunc remoueat ac teneri istum facto institoris, quando illum haud remouerit, euidenter statuit. 2) Ex sententia PAVLLI, *L.* 17. §. 2. *D. de institor. act.* impubes actione institoria conueniri potest ab iis, qui cum institore, ab ipsius patre praeposito, contraxerunt, postquam hereditatem adiit; idem autem iurisconsultus §. 3. modo memoratae legis institorem obligare heredem, ait, contractibus, quos ante hereditatis additionem post obitum praeponentis celebrauit, siue notus ille fuerit tertio; siue adhuc ignotus. Quoniam mandatum morte exspirare solet hisque accedit *L.* 5. *pen. D. de instit. act.* dissentiunt: ANT. FABER, *libr.* 11, *coniectur. cap.* 11. ac HENR. COCCEII, *de mandat. ad hered. transeunt. sect.* 1111. §. 2. sed ab his discedit posterioris filius in *iur. controuerso*, *libr.* XIV. *tit.* 111. *quaest.* 5.

§. XVI.

Si institor solum nomine eius, qui illum praeposuit, contraxit et ad quidquam se obligauit: nec durante officio ad id, vt ex suo alteri satisfaciat, compelli potest.

1) Extra omnem dubitationem positum est, institorem, finito officio, conueniri haud posse, quum id clare patet ex *L.* 20. *D. de institor. actione*; rationem

autem huius ſanctionis non; niſi in eo quaerere poſſumus, quod inſtitor debitum ex pecunia praeponentis ſaltim ſoluere debeat et ob id ad illud ſoluendum finito officio, vbi penes ipſum haud amplius ſit pecunia mandantis, non ſit obligatus. 2) Si quis tanquam inſtitor contrahit, non de ſua; ſed eius pecunia, cuius nomine contrahit, ſolutionem promittit; alter autem; niſi aliud ſtipulatur, tacite in id conſentit, quod ex exemplis tutorum, curatorum, negotiorum geſtorum aliorumque videmus, *L.* 6. §. 1. *D. de negot. geſt. L.* 43. *§.* 1. *D. de admin. tut. L.* 15. *C. de admin. tut.* 3) Idem docet *L.* 6. §. 1. *D. de neg. geſtis.* Ita ſentiunt: MATTH. COLERVS, *part.* II. *deciſ.* 248. BENED. CARPZOV, *part.* II. *conſt.* XX. *def.* 14. PAVL. CHRISTINAEVS, *part.* III. *dec.* XXXIII. *num.* 9. quibus autem aliud placet, prouocare ſolent ad *L.* 7. §. 1. et 21. *D. de inſtitoria act.* neque minus *L.* 7. §. 11. *D. de SC. Maced.* cum GEORG. AD. STRVVIO, *ex.* XX. *theſ.* 38. *tom.* 1. p. 1318.

§. XVII.

Praeponens ex contractu; ſeu facto eius, quem inſtitor ſubstituit, obligatur.

1) Magiſtrum in exercitoria actione non ſolum eum, quem exercitor praepoſuit; ſed et eum, qui ſubſtitutus eſt a magiſtro, accipere debemus, monente PAVLLO, *L.* 1. §. 5. *D. de exercitor. act.* Hoc quum conſtitutum eſt de exercitoria actione: merito ab illa ad inſtitoriam concludimus atque idem de inſtitore adfirmamus, quum mercator, inſtitorem conſtituens eadem ratione; qua exercitor, vbi magiſtrum nauis negotiationi praeficit, ad omnia facta inſtitoris praeſtanda ſe obligat, ſine

ſine quibus ille iuſſa exequi nequit. Quod ſi itaque ita illa ſunt comparata, vt gerendum ſit negotium per tertium, etiam illius facta praeſtare tenetur. 2) Teſtatur idem *L.* 5. §. 17. *D. de inſtitor. act.* Loquitur claris verbis de inſtitore alio, ab inſtitore praepoſito, atque eius de factis, illisque obligari praeponentem, haud obſcure tradit. Diſſentiunt, quoniam a magiſtro nauis ad praeponentem haud valeat concluſio ac eius mandata ſtricte ſunt interpretanda: nec minus id, quod de magiſtro nauis obtinet, ad praeponentem applicari nequit, ſecundum *L.* 1. §. 5. *D. de exerc. act.* Io. STRAVCHIVS, *diſſ. Iuſtinian. diſſ.* XXII. *num.* 6. et Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. exercitat.* XXVII. *theſ.* 42. ſed aliud exiſtimat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* XIV. *tit.* III. §. 6.

CAPVT SEPTIMVM

DE

FACTIS OBLIGATORIIS ILLICITIS.

§. I.

Perſuasio haud impedit, quo minus quisquam delicti participem ſe reddat.

Etſi quoque quis perſuadeatur ad delictum committendum: illud haud libertatem tollit voluntatis neceſſariam. Neque minus illud patet ex *L.* 20. *C. ad leg. Iul. de adulteriis* ac *Nou.* XXXIX. *cap.* 2. aliud tamen quidam colligunt ex *L.* 22. *C. ad leg. Iul. de adult.* ac *L.* 1. §. 3. *D. de ſeruo corrupto* eamdemque ob cauſſam diſſidium eſt inter PETR. THEODORICVM, *coll. crim. diſp.* VI. *theſ.* 4. ac BENED. CARPZOVIVM, *part.* IV. *conſt.* 27. *def.* 9. qui cum LVD. MENCKE, *coll. iuris polemico. diſp.* XXV. *theſ.* 7. p. 263. eam praefert ſententiam, quae mihi quoque placuit.

§. II.

Si in delicto puniendo potissimum ratio habetur laesionis reipublicae, delictum est publicum; si vero primario ſpectatur ad laesionem priuati, est delictum priuatum.

Certum eſt, in quocunque delicto rem publicam laedi aeque ac priuatum. Saepenumero priuatum videmus principaliter delicto laedi publico, vti v. c. adulterio quumque ex eo merito colligimus, vtriusque generis delicta haud ſeſe in obiecto laeſionis diſtinguere, non poteſt non differentia ea ſolum in laeſione poni, ad quam potiſſimum reſpiciatur. Aliud placet omnibus iis, qui ad obiectum laeſionis reſpiciendum eſſe putant, vt differentia delictorum publicorum et priuatorum ſit indicanda cum IOACH. HOPPIO *commentar. in inſtit. libr.* IV. *tit.* XVIII. *princ.* VLRIC. HVBERO, *praelect. iur. ciuilis, ſecundum ord. inſtitut. libr.* IV. *tit.* XVIII. p. 507. atque aliis; nobiſcum autem GEORG. AD. STRVVIVS. *exerc.* XLIX. *theſ.* 3. et IO. HENR. BERGERVS, *reſolut. leg. obſtantium. libr.* XLVII. *tit.* I. *quaeſt.* I. conueniunt.

§. III.

Digitized by Google

§. III.

Etsi quis in perſona errauerit, cui iniuriam intulit; error tamen haud impedit; quin eam committere queat ideoque nec ipſum ab actione iniuriarum liberat.

1) Illud conſtat ex ſatis illa nota lege, de cuius genuina lectione iurisconſulti litigarunt, *L.* 15. §. 15. *D. de iniuriis et famoſis libellis.* Quum eius auctor ſolum eum minus peccare tradit, qui adpellat*) virgines; ancillari tamen veſte veſtitas, ac multo minus pecc areadfirmat, ſi idem agit erga feminas, quae non ſunt veſtitae veſte matrum familiarum, haud quidem obſcure ſignificat, errorem, qui iniuriantem ad iniuriam committendam commouit, eum certo modo excuſare, non tamen illum penitus ab actione iniuriarum abſoluit. Errorem illum id efficere haud poſſe, 2) non minus liquet ex ſequentibus verbis: immo multo clarius id ex iis adparet, vbi adſerit VLPIANVS, iniuriarum teneri, ſi quis feminam adpellauit; vel ei comitem adduxit, licet non matrimoniali habitu fuerit.**) Magis illud euidens eſt

*) Loquitur VLPIANVS, *L.* 15. *§.* 15. *D. de iniuriis* de eo, qui virgines adpellauit; ſiue homine, qui illas ad ſtuprum inuitauit, vti hoc loquendi ratio: *virgines adpellare*, teſtibus SENECA, *libr.* II. *controuerſ.* ac VALERIO MAXIMO, *libr.* VI. *inſtitut. oratorior. cap.* 1. indicat. Lucem huic legi inprimis accendit GVIDO PANCIROLLVS, *theſaur. var. lect. libr.* II. *cap.* 117. *tom.* II. *iurisprud. Romanae et Atticae*, p. 1232.

**) Non eſt negandum, verba haec, ad quae iam reſpicio, aliter exhiberi in editione vulgata atque in editione Halosandrina: aliter in Florentina. Quum in vulgata ita ſeſe habent: *ſi igitur non matronali habitu femina fuerit et quis eam appellauit.*

vel

eſt 3) ex L. 18. §. 3. D. de iniur. quum ait: *ſi iniuria mihi fiat ab eo, cui ſim agnatus; aut ſi quis putet me Lucium Titium eſſe, quum ſim Caius Seius, praeualet, quod principale eſt, iniuriam ei mihi facere velle, nam certus ego ſum, licet ille putet, me alium eſſe et ideo iniuriarum habeo.* Qui aliud adfirmant, nituntur partim

uel ei comitem abduxit, iniuriarum non tenetur, obſeruante SIEGM. REICH. LAVCHIO, *de negat. pandect. Florent.* p. 41. eam retinuit HALOANDER; in Florentino autem amittitur poſterior negandi particula ac legitur: *iniuriarum non tenetur*. Non potuit fieri; quin hoc diſſidium excitaret attentionem iuriſconſultorum criticorum hique diuerſas in ſententias diſtraherentur, Quum quidam vtramque improbarent lectionem; ſed locum hunc emendatione quadam indigere arbitrarentur: DESIDER. HERALDVS *obſeruat. atque emendat. libr.* II. *cap.* 12. *tom.* II. *theſ. iuris Rom.* EV. OTTONIS p. 1325. legit *vix iniuriarum tenetur*. CORNEL. VAN BYNCKERSHOECK vtramque negatiuam particulam delendam eſſe putat *libr.* IV. *obſeruat. iuris Romani, cap.* 25. p. 544. ita vt legatur: *ſi igitur matronali habitu — — iniuriarum tenetur;* modo laudatus autem IARCHIVS prope cum ipſo conuenit, quum quoque vtramque negatiuam particulam omittit et ſolum coniicit mutandam priorem eſſe in *in*. Alii ſuperſedent emendatione verborum horum penitus; eo tamen modo, vt alii retinendam eſſe ſtatuerent lectionem vulgatam cum VAL. GVIL. FORSTERO, *obſeruat. ſucceſſuar. libr.* I. *cap.* 15. *tom.* II. *theſaur. iuris Romani* EV. OTTONIS, p. 916. alii autem codicis Florentini lectionem ſint ſequuti, e quibus praeter DION. GOTHOFREDVM nominamus FRANC. RAMOSDEL MANZANO *ad leg. Iul. et Papiam, libr.* XII. *cap.* 34. *tom.* V. *theſaur. iur. ciuil. et canon.* GERH. MEERMANNI, p. 360. ac IO. LVDOV. CONRADI, *reprehenſor. in obſeruat. ſuper iure ciuili diuerſorum libro ſingulari*, p. 60. Horum caſtra ſequi eo minus dubito, quum ea, quae VLPIANVS de femina, haud matronali habitu veſtita, tradit, ſecundum lectionem Florentinam, cum antecedentibus eius verbis ſatis commode conciliari poſſunt; ego vero ab illa ſine cauſſa recedere, ſemper religioni duco ob principia de auctoritate huius codicis ſupra tradita.

Digitized by Google

tim in lectione Haloandrina verborum *L.* 15. §. 15. *D.* de iniuriis: *ſi igitur non matrimonali habitu femina fuerit, et quis eam adpellauerit, vel ei comitem abduxerit, iniuriarum non tenetur*; partim in ſatis notis illis praeceptis, quod iniuria ſine dolo cogitari nequeat hicque excludatur per errorem. Inter aduerſarios Io. Avg. Hellfeldivm, *iurisprud. for. libr.* xlvii. *tit.* x. §. 1972. referre debemus vel minimum ſecundum verba, quae ibi protulit; ſed noſtra ſententia auctoritate Avg. Leyseri nititur, *ſpec.* dc. *med.* 5.

§. IV.

Libelli famosi forma haud requirit, vt auctor nomen ſuum occultet.

Clare hoc tradit Vlpianvs, *L.* 5. §. 9. *D. de iniur. famoſis libellis*, dum ſignificat, haud intereſſe, vtrum quis librum, ad alterius infamiam pertinentem, cum nomine; vel ſine nomine ſcripſerit, compoſuerit, vel ediderit; contrarium vero colligitur ex eo, quod haud inuſitatum fuerit apud Romanos, eiusmodi libellos ſine nomine in vulgum ſpargere, ſecundum *L.* 4. *cod. Theod. de famoſis libellis*; neque minus ex *L.* vn. *C. de famoſ. libellis* atque ordinatione criminali Carolina, *art.* cx. atque eo magis attentionem quaeſtio haec excitat, quum id, quod in patria hac lege eſt conſtitutum, lucem ſuam expectat ex iure peregrino. Inter aduerſarios numeramus Bened. Carpzovivm, *practica criminali, quaeſt.* xcviii. *num.* 24. Hartmann. Pistoris, *obſ.* clxxxxvii. *num.* 4. Lvd. Mencke, *gymnaſ. pol. iuris, diſp.* xxiii. *theſ.* 26. Avg. Leyservm, *ſpec.* dlii. *med.* 1. ac Io. Henr. Bergervm, *reſolut. leg. obſtant. libr.* xlvii. *tit.* x. *quaeſt.* 4. p. 833, noſtrae vero ſententiae

tentiae adhaerent DAN. MOLLER, *part.* IV. *conſt. el.* XLIV. *num.* 6. GEORG. AD. STRVVIVS, *euolut. controu. iuris, ex.* XLVIII. *theſ.* 66. p. 665. Io. SAM. FR. BOEHMERVS, *meditat. in conſtit. criminal. carolinam, art.* CX. §. 6. p. 359. quibus ego quoque accesſi in *introductione in lectionem conſtitutionis criminalis Carolinae, gloſſario Germanico* praemiſſa, *ſect.* III. §. 10. p. 123.

§. V.

Licet ille, qui iniuriam paſsus est, si eius aestimationem a reo petit, ciuiliter; si vero poenam ipsi a republica infligere rogat, criminaliter agat; aestimatoria tamen actio cum criminali cumulari non potest.

Prius nemo in dubium vocabit, quum aeſtimatoria ad ſatisfactionem priuatam; criminalis autem ad publicam tendit hancque ob rem merito illam *ciuilem*; hanc autem *criminalem*, cum imperatore ipſo §. 10. *I. de iniur.* dicere poſſumus. Nemo vero inde arbitretur, iniuria adfectum, vti actionem furti ac condictionem furtiuam; ita quoque actionem aeſtimatoriam et criminalem iniuriarum coniungere poſſe. Neutiquam id fieri poſſe, ideoque *poſterius* membrum huius propoſitionis non minus verum eſſe, patet ex ſequentibus argumentis. 1) Quum imperator de actionibus, iniuriarum cauſſa inſtituendis, §. 10. *I. de iniur.* agit, tantum permittit, vel ciuiliter; vel criminaliter agere particulisue vtitur, vti vocant, *disiunctiuis.* 2) Luculentius rem declarat PAVLLVS, vbi ait L. 6. *D. de iniur.* denegandum eſſe publicum iudicium, vbi agatur priuata actione, ac priuatum, vbi inſtitutum ſit iudicium publicum. 3) Vbi

3) Vbi duae actiones ad idem tendunt, ibi cumulari nequeunt. Tendit vtraque actio tam ciuilis, quam criminalis ad vindictam, teſte *L.* 2. §. 4. *D. de collat.* hancque ob rem haud coniungi poteſt. Aliud colligere aduerſarii volunt ex *L.* 23. §. 9. *D. ad leg. Aquil.* ac in his locum tenent Ben. Carpzovius, *practic. criminal. quaeſt.* 95. *num.* 26. ac iurisconſulti Tubingenſes, *conſil. Tubing. vol.* I. *conſt.* 1, *num.* 46. et *vol.* II. *conſ.* 142, *num.* 3. ſed noſtram probant ſententiam: Dav. Mevius, *part.* VI. *def.* 88. *et part.* IX. *def.* 188. ac Sam. de Coccii, *iur. controu. libr.* XLVII. *tit.* X. *qu.* 28. p. 653.

§. VI.

Actio recantatoria actio est ciuilis hancque ob rem non cum aestimatoria actione; bene tamen publico cum iudicio coniungi potest.

Actio recantatoria in iure Romano non eſt fundata; ſed ex moribus potius deſcendit atque ita eſt comparata, vt actor in illa iacturam honoris, per iniuriam factam, reparare ſtudeat per declarationem rei ſollemnem, falſam eſſe iniuriam a ſe prolatam. Reſpicit itaque ſolum ad ſatisfactionem priuatam atque admittitur etiam iis in iudiciis, quae a puniendis criminibus ordinarie abſtinere debent, vt in auguſtisſimo camerae tribunali, obſeruantibus Gailio, *libr.* 1. *obſ.* 98. aliisque: immo probatur in eo, vt aliis in actionibus ciuilibus, prouocatio ad iudicem ſuperiorem, teſte ordinatione cameral., *part.* II. *tit.* XXVIII. §. 4. Sine dubio itaque inter actiones ciuiles eadem cum plerisque iurisconſultorum collegiis eſt referenda; hoc vero poſito, ſponte ex eo ſequuntur conſectaria, ſupra ex eodem ducta. Quod ſi enim

enim actio eſt ciuilis, cumulari nequit cum aeſtimatoria, quum illa eſt ciuilis, atque eo tendit, vt is, qui iniuriam eſt paſſus, loco reparationis aeſtimationem accipiat haecque ea ratione deficere debet, ſi honoris iactura reuera reparatur. Contra coniungi poteſt cum publico iudicio, quum respublica ordinarie laeſum, publicam petendo ſatisfactionem, non impediri poteſt, quominus priuatam ſatisfactionem poſtulet: actio criminalis et ciuilis ſimul inſtitui poſſunt *L. 56. §. 1. D. de furtis L. 2. §. 1. D. de vi bonor. raptor. L. vn. C. quando ciuil. act. criminal. praeiud.* nec actio recantatoria ob ſolam inſtituitur vindictam hancque ob rem etiam ratio iſta in actione ceſſat, cur in aeſtimatoria ab hac communi regula deflectatur. Haec ſunt argumenta noſtra; aduerſariorum autem argumenta, ſi membrum prius reſpiciamus, in eo conſiſtunt, quod actio aeſtimatoria ſit actio poenalis; recantatoria autem rei perſecutoria atque ſi duae actiones vno ex delicto oriantur, quarum vna eſt poenalis; altera vero rei perſecutoria, ſint coniungendae. Poſteriori membro opponi ſolet, quod ſatisfactio priuata nonnunquam in delictis ceſſat ob ſeueritatem poenae eamdemque ob rationem cum nobis non plane conſentiunt: MATTH. BERLICHIVS, *part.* v. *concluſ.* 62. *num.* 12. DAN. MOLLERVS, *libr.* 1. *ſemeſtrium, cap.* 2. p. 4. ſqq. CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *vol.* II. *conſil.* 357. *num.* 30. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XLVIII. *theſ.* 61. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XLVII. *tit.* 10. *quaeſt.* 29. ac iurisconſulti Tubingenſes, *vol.* I. *conſ.* 1. *num.* 45. 46. *vol.* II. *conſ.* 14. *num.* 20. ſed plerique recentiores iurisconſulti noſtram tenent ſententiam, e quibus Io. AVG. HELLFELDIVM, *iurisprud. for. libr.* XLVII. *tit.* X. §. 1976. Io. CHRIST. KOCH, *inſtitut. iuris criminal.*

libr

libr. II. *cap.* XXII. §. 381. ac CHR. LENZIVM, *diff. de quaeſtione: an actio iniuriarum aeſtimatoria cum actione recantatoria eodem libello copulatiue proponi et cumulari queat?* Lipſiae, CIↃIↃCCXXXVIIII. nominaſſe ſufficiat.

§. VII.

Actiones, quibus iniuriae vindicantur reales, perpetuae ſunt; neque praeſcribuntur anno.

Actio, quae propter iniurias reales inſtituitur, ex lege Cornelia deſcendit, teſte §. 8. *J. de iniur.* ideoque pertinet ad actiones, iure ciuili introductas, quae ſunt perpetuae, vt iam certo modo ex *L.* 35. *D. de oblig. et act.* ac clarius ex pr. *I. de perpet. et temp. act.* ac L. 1. §. 1. *C. de annal. except.* liquet. Qui aliud exiſtimant, id ideo putant, quod actiones haud ſint actiones rei perſecutoriae; ſed poenales; praetor autem illas edicto ſuo complexus ſit, L. 1. §. 1. L. 17. §. 6. ac L. 15. §. 27. et 34. D. *de iniur.* Nobiscum conueniunt MATTH. WESENBECIVS, *comment. digeſt. tit. de iniur. num.* 15. ac ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 204 ſed MATTH. BERLICH, *part.* IIII. *concluſ.* 68. *num.* 61. GEORG. FRANZKIVS, *ex.* XII. *quaeſt.* 9. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. polem. diſp.* XXIII. *theſ.* 22. a nobis alieni ſunt.

§. VIII.

Praeſcriptio annalis actionis iniuriarum ab eo momento currere incipit, quo is, cui iniuria eſt illata, eius accepit notitiam.

In omni annali praescriptione annus requiritur vtilis, §. 1. *I. de perpet. et tempor. act.* ac *L.* 1. *D. de diuers. tempor. praescript.* quumque ratio, cur iniuriatus ad instituendam actionem temporis hoc spatio praeterlapso, haud amplius admittatur, in negligentia ponenda est haecque plane non laeso est imputanda, si iniuriae notitia ad eum haud prorsus peruenit, merito quoque ab eo momento est computandum spatium annale, quo illud est factum. Aliud ex *L.* 5. *C. de iniur.* colligitur ab ANT. PEREZ, ad *tit. cod. de iniur. num.* 10. sed ei aduersantur ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 105. IOACH. MYNSINGER, *cent.* I. *obs.* 84. ac WOLFG. AD. LAVTERBACH, *coll. theor. pract. libr.* XLVII. *tit.* X. §. 38.

§. VIII.

Crimen laesae maiestatis committitur in consiliarios principis, qua tales.

1) Quodcunque aduersus reipublicae; aut eius, qui illum repraesentat, summum imperium, securitatem, dignitatem; aut potestatem committitur, illud crimen est laesae maiestatis: illud autem, quod tendit contra securitatem consiliarii, committitur contra securitatem reipublicae, quum consiliis eorum illa seruatur. Si solum 2) laedi deberet ex sententia iuris Romani in crimine hoc horrendo, respublica; vel is, qui illam repraesentat, haud potuisset cogitari in nece magistratus Romani vel eius, qui imperium; vel potestatem tempore reipublicae haberet, quippe de eiusmodi optimatibus statui non potest, illos ipsam repraesentasse rempublicam secundum formam reipublicae, quae eo obtineret tempore. Sed prius statuit VLPIANVS, *L.* 1. §. 1. *D. ad leg. Iuliam Majestatis.* Quisquis denique] 3) de

ne-

nece virorum illuſtrium, qui conſiliis et conſiſtorio interſunt, cogitat, is criminis maieſtatis reus declaratur ex L. 5. *pr. C. ad leg. Iuliam Maieſtat.* Aliud exiſtimant, quod principis ius potentius ac fortius ſit; nec ſemper de conſiliariis ſit adſirmandum, quod partem corporis principis conſtituant, REINH. BACHOVIVS *ad Treutl. vol.* III. *diſp.* 32. *theſ.* 1. *lit.* c. MATTH. WESENBECIVS, *vol.* II. *conſil.* 57. *num.* 6. IAC. MENOCHIVS, *conſ.* LXXXVIIII. *num.* 6. cum aliis; verumtamen plerique iis refragantur.

§. X.

Maledicta in principem recte ſeuera coercentur poena; non tamen id aliter fieri poteſt; quam eius cum conſenſu.

Vtraque propoſitio clare conſtat ex L. *vn. C. ſi quis imperatori maledixerit;* qui vero prius in dubium vocant, non minus ad eamdem prouocant legem ac ſimul ad *L.* 7. §. 3. *D. ad leg. Iul. maieſtatis* prouocant. Aliter ſentiunt PETR. HEIGIVS, *part.* II. *quaeſt.* 31. *num.* 47. ac Io. BRVNNEMANNVS, ad *L. vn. C. ſi quis imperatori maledix.* ſed nobiscum conſentiunt ANTON. MATTHAEI, *de criminibus, libr.* XLVIII. *tit.* II. *cap.* 2. p. 304. CASP. ZIEGLERVS de *iur. maieſtatis, libr.* I. *cap.* 2. §. 31. IAC. GOTHOFREDVS *ad tit. C. ſi quis imperat.* et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* DLXIX. *med.* 4. ſqq.

§. XI.

Solam opem, ſolum consilium in eo ſufficere, contra quem furti actio eſt inſtituenda, merito ſtatuimus.

Duplicem propoſitionem ſub hac theſi comprehendi, quilibet videbit. Prior extra dubitationem poſita eſt; nec probatione indiget; neque vero minus altera recte ſe habet. 1) VLPIANVS *L. 5. pr. D de furtis* ac *L. 6. D. de condict. furtiua* opem et conſilium particula disiunctiua coniungit, ac per eam haud obſcure indicat, alterutrum ſufficere in homine, quem actione furti teneri ſtatuere volumus. 2) Eadem ratione id tradit PAVLLVS, *libr. II. ſententiar. receptar. tit. XXXI. §. 10.* in *iurisprudentia Anteiuſtinianea* SCHVLTINGII. Imperator 3) *§. 11. I. de obligat. quae ex del. naſcuntur* clare ſcribit, eum furti teneri, qui ipſe furtum non fecit, cuius ope conſilioque furtum factum ſit; haec verba autem ſemper ſeparatim eſſe accipienda, propterea quod aliud factum ſit eius, qui ope, aliud eius, qui conſilio furtum facit, diſcimus *L. 53. D. de V. S.* Aliud partim ob *§. 6. I. mandat. L. 36. §. 2. D. de furt. L. 27. §. 21. D. ad leg. Aquil. L. 53. §. vlt. D. de V. S.* ac *L. 6. D. de condict. furt.* partim ob ea, quae tradit THEOPHILVS, *paraphr. iuſt. de obligat. quae ex delicto naſcuntur*, §. 11. *tom.* II. p. 738. exiſtimant ARNOLD. VINNIVS, *comment. in inſtitut. hoc tit. tom.* II. p. 260. et EDM. MERILLIVS, *libr.* II. *obſeruat. cap.* 39. verumtamen nobiscum conſentiunt: EV. OTTO, *not. ad inſtitut. libr.* IIII. *cap.* I. §. 11. p. 488. atque ANT. SCHVLTINGIVS, *iurisprudentia Anteiuſtinianea*, p. 329.

§. XII.

Raptor capite puniendus eſt, etſi rapinam haud repetierit; ſed potius prima eſt rapina, quam commiſit.

Cla-

Clare hoc conſtitutum eſt *L.* 28. §. 10. *D. de poenis* eiusdem vero legis verba poſtrema, *vtique ſi ſaepius atque in itineribus hoc adminiſerunt*, huic theſi opponi ſolent. Quoniam CAROLVS V. *art.* CXXVI. ad ius Romanum ſe refert, quum de poena rapinae loquitur, quaeſtio, quam noſtra theſis attingit, omni attentione digna eſt. Eam decidunt, vti a me factum eſt, Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 2. *C. de vi bon. rapt.* ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. iuris polem. diſp.* XXIII. *theſ.* XIX. p. 253. aliter autem STEPHANI *ad ordin. criminal. art.* CXXVI.

§. XIII.

Crimen ſtellionatus non eſt famoſum; actio autem de ſtellionatu infamiam producit.

Saepenumero actiones infamiam irrogare, licet factum, ex quo deſcendunt, in ſe non ſit famoſum, nemo negabit, qui perpendit, actionem de dolo eſſe famoſam hancque ob cauſam a nobis aduerſus perſonas, quibus reuerentiam debemus inſtitui non poſſe: ipsum tamen dolum non eſſe in ſe famoſum ideoque nec alias actiones, licet fundatae ſint in dolo, infamiam irrogare, vti conſtat ex L. 36. *D. de obligationibus et actionibus* L. 29. *D. ver. annotat.* atque aliis legibus. Inter eiusmodi actiones, quae famoſae quidem ſunt; non tamen ex facto, in ſe famoſo, deſcendunt, referimus quoque actionem de ſtellionatu. VLPIANVS, de ſtellionatus iudicio loquitur *L.* 11. *D. ſtellionatus*: illud ab actione per coercitionem extraordinariam, quam iudicio opponit, diſtinguit, hocque non famoſum eſſe adſerit: idem autem iurisconſultus *L.* 13. §. 8. *D. de his, qui notantur infam.* crimen ſtellionatus damnato irrogare infamiam ſcribit; ſimul tamen damnationem ſupponit;

antequam infamia reos ſtellionatus laborare ſtatuit. Quoniam non actio; vel poena; ſed potius eius cauſſa infamiam producit: alias ingrediuntur vias has leges conciliandi ideoque aliud cenſent: ANT. FABER, *libr.* IV. *coniect.* 2. IAC. CVIACIVS, *libr.* X. *obſervat. cap.* 26. FRANC. DVARENVS, *libr.* I. *diſput. cap.* 24. Io. ROBERTVS., *libr.* IV. *ſententiar. recept. cap.* 17. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* III. *tit.* II. *tom.* I. p. 264.

§. XIV.

Stuprum non voluntarium, licet ſine violentia committatur, ex ſententia iuris Romani delictum eſt capitale.

Clare conſtat ex *L.* 1. *§.* 2. *D. de extraordinar. criminibus*, quum vsque eo procedit iurisconſultus, vt puniri capite tradat eum, qui puero ſtuprum, abducto ab eo; vel corrupto comite perſuaſerit; aut mulierem puellamue interpellauerit quidue impudicitiae gratia fecerit, donum praebuerit pretiumue, quo is perſuadeat, dederit: ei tamen opponi ſolet §. 4. *I. de public. iudiciis.* Diſſentit BARTOLVS ad L. 1. §. 2. *D. de extraord. criminibus;* ſed noſtra ſententia nititur auctoritate LVD. MENCKE, *gymnaſio polemico iuris, diſp.* XXV. *theſ.* 1.

§. XV.

Iure Romano haud definitum eſt, quanam poena quilibet inceſtus eſt coercendus.

Habemus quidem ea, quae Iuſtinianus *nou.* XII. *cap.* 1. cauit; quum autem ea ſolum de inceſtis nuptiis loquitur ideoque inceſtum, qui extra matrimonium commit-

Digitized by Google

mittitur, plane non tangit; neque minus ſolum ad inceſtum iuris Gentium ſpectat ideoque inceſtum iuris ciuilis prorſus ſilentio omittit, merito eum ad inceſtum iuris Gentium, qui ſit inter coniuges, eſt reſtringenda. Omnino ceſſaret hocce dubium penitus, ſi iure pandectarum vel codicis de reliquis ſpeciebus inceſtus eſſet cautum; quum autem ſemper ſolum ibi de adulterio, cum inceſtu coniuncto eſt ſermo, nimirum *L.* 38. *D. ad L. Iul. de adult. L.* 6. *C. de inceſtis nuptiis, L.* 5. *C. de quaeſt.* ac *L.* 1. *cod. Theodos. de inceſtis nuptiis* nec illae hac in re nobis ſatisfaciunt. Qui aliud ſtatuunt, extendi poſſe putant nouellam memoratam ob eamdem rationem ad reliquas inceſtus ſpecies cum AVG. LEYSERO, *ſpec.* DLXXXVI. *med.* II. ſed ei repugnant IO. SAM. FRID. BOEHMER *meditat. in conſtitut. criminal. Caroliram*, *art.* CXVII. *§.* 4. p. 413. ac IO. CHRIST. QVISTORP in den *Grundſätzen des teutſchen peinlichen Rechts*, *Abſchn.* VIII. §. 505.

§. XVI.

Lenocinii poena certa iure Romano haud eſt ſtatuta.

Secundum *L.* 2. §. 2. *L.* 8. *pr.* ac *L.* 33. §. 2. *D. ad leg. Iul. de adulteriis* memorata lex adplicanda eſt ad lenocinium; ſed haud omnia illa delicta ſunt capitalia, quae memorata lex tangit ac ſi quoque Nou. XIV. lata eſt de lenonibus, imperator ibi ſolum ad quamdam lenocinii ſpeciem reſpicit ac nequidem poenam definit, quae illam ſequatur. Aliud colligitur partim ex memorata nouella, partim ex *L.* 12. *C. de epiſcopali audientia* ac *L.* 6. *C. de ſpectaculis* et ANT. MATTHAEI eſt is, qui perſuaſum habet, poenam lenocinii iure Romano

conſtitutam fuiſſe capitalem *tract. de criminalibus, tit.* III. *cap.* II. ſed ei repugnant AVG. LEYSERVS, *ſpec.* DLXXXVIII. *med.* 6. ac Io. SAM. FRID. BOEHMERVS, *med. in conſtitut. criminalem Carolinam, art.* CXXII. §. 5. p. 468.

§. XVII.

Bigamia iure romano haud eſt delictum capitale.

Prouoco hac in re haud cum LEYSERO, *ſpec.* DLXXXV. *med.* 1. ad teſtimonium Caroli V. *art.* 121. quum legislatori, vbi quidquam de legibus ante eius aetatem latis tradit, plus fidei tribuere haud poſſumus; quam priuato, et ſi haud aliud extaret eius rei documentum, profecto tuto ad id, quod in Carolina profertur, non reſpiciendum eſt; ſed potius ad diſtinctionem, quam *L.* 18. *C. ad leg. Iuliam de adult.* facit inter bigamiam virilem ac muliebrem. Quum iſta comparatur cum ſtupro *leg. cit.* profecto is, qui illam committit, capitis poenam haud metuere debebat: haec vero pro adulterio habebatur, quumque adultera ex ſanctione Iuſtiniani virgis caederetur ac in monaſterium detruderetur; *Nou.* 134. *cap.* 10. neque vxor, quae alii nuberet marito, capite eſt plectenda. Qui aliud ſtatuunt partim ex THEOPHILO, ad §. 6. *I. de nuptiis;* partim ex memorata *L.* 18. *C. ad leg. Iul. de adult.* argumenta capiunt, quibus coniecturam ſuam corroborant. Inter illos locum ſibi vindicat LVDOV. ROMANVS, *ſingul.* 537. ALBERIC. GENTILIS, *tract. de nuptiis, libr.* VI. *cap.* 3. MATTH. BERLICHIVS *part.* IV. *concluſ.* 28. *num.* 9. ſed idem, quod ego ſtatuo, exiſtimant BENED. CARPZOVIVS *part.* II. *quaeſt.* LXVI. *num.* 22. ſqq. CHRIST. THO-

Digitized by Google

THOMASIVS, de *crimine bigamiae*, §. 63. ſqq. in eius *diſſertationibus iuridicis, vol.* I. p. 309. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* DLXXXV. *med.* I. Io. SAM. FRID. BOEHMERVS *meditat. in conſtitut. criminal. Carolinam*, *art.* CXXI. §. 4. ac Io. CHRIST. QVISTORP in den *Grundſatzen des teutſchen peinlichen Rechts, Abſchn.* VIII. §. 470. p. 887.

§. XVIII.

Vulneratus ſecundum ius ciuile ob dolores, quos facit vulnus, a vulnerante nil petere poteſt.

1) Solum damnorum reſtitutionem laeſus poſcere poteſt a laedente ſecundum legem Aquiliam, *L.* 7. et 13. *D. ad legem Aquil.* ac *L.* 3. *D. ſi quadrupes pauper.* ſed dolores inter damna, quae ſolum patrimonium tangunt eiusue deminutionem, haud referri poſſunt. Quod quis 2) aeſtumare haud poteſt, illud quoque petere haud licet actione ex L. Aquilia, ſecundum L. *vlt. D. de his, qui effud. vel deiecerunt,* ac modo memoratam *L.* 3. *D. ſi quadrupes pauperiem feciſſe dicat*. quo quaeſo vero modo aeſtumationem dolorum cogitare volumus? Qui putant, omnino quoque iuri ciuili conſentaneam eſſe pecuniam illam, quam vulnerati nomine des *Schmerzengelds* poſcunt, confugiunt potiſſimum ad §. 9. *I. de iniur.* ac ea, quae imperator CAROLVS V. in conſtitut. criminali *art.* XX. ſanxit. Quum inter eos haud referre poſſumus omnes illos iureconſultos, qui hodie omnino vſu venire tradunt, vt laeſo quoque hoc nomine ſatisfiat; ſed eos tantum, qui ipſi quoque ius ciuile fauere credunt, nimirum CHRIST. FRID. GEORG. MEISTERVS, in den *rechtlichen Erkenntniſſen, part.* I. *dec.* 30. ac Io. CHRIST. QVISTORP in den *Beytraegen zur*

Entſcheidung allerhand Rechtsmaterien, partic. II. *num.* 7. p. 120. noſtram vero ſententiam adprobant ERN. IO. FRID. MANTZEL in diſſ. *an et quatenus iuri Romano competat praerogatiua prae vlt. iur. Germanico*, cap. III. IO. ANDR. FRIEDRICH, de *vulnerationum ſatisfactione e Germanorum legibus caute deriuanda*, Altdorf., CIↃIↃCCLXXXI. ac IO. LVD. KLÜBER in der *kleinen iuriſtiſchen Bibliothec vol.* IV. p. 57. Praeterea multa lectu digna hoc de dicendi argumento protulit L. I. DANCKWARTH. *über das Schmerzensgeld*, Roſtochii, CIↃIↃCCLXXXVIII.

§. XIX.

Licet quis ſolum vulnerationem cuiusdam tertio mandauerit ac ſimul prohibuerit; quo minus eumdem occideret; homicidii tamen ex ea orti eſt reus.

1) VLPIANVS clare tradit, nihil intereſſe, vtrum quis occidat; an cauſſam mortis praebeat, L. 15. *D. ad leg. Corneliam de ſicariis.* 2) Idem adfirmat PAVLLVS, *L.* 38. §. 5. *D. de poenis*, quum reum homicidii eum quoque eſſe animaduertit, qui amatorium poculum dat hocque, licet non ſit in dolo, efficit, vt mulier; aut homo perierit; aliud vero ab aduerſariis colligitur ex *L.* 10. *C. de procurat.* ac *cap. vlt. de homicid. in* 6to. Horum in cenſum cadunt DECIVS, *conſ.* 482. BERN. SCHOTANVS, *ad dig. diſp.* XXXV. *theſ.* 20. ANDR. FACHINAEVS *controu. libr.* I. *cap.* 36. ac IVST. MEIER, *coll. iur. Argentorat. libr.* XXXVIII. *tit.* 8. *theſ.* 4. IO. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XLVIII. *tit.* VIII. *quaeſt.* 2. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo*, *libr.* XLVIII. *tit.* VIII. *quaeſt.* 4. iis vero repugnant BENED. CARP-

Digitized by Google

CARPZOV, *pract. crim. quaest.* 4. *num.* 26. REINH. BACHOV *ad Treutler. vol.* 1. *disp.* XXVII. *thes.* 3. ac LVD. MENEKE, *coll. iur. pol. disp.* XXV. *thes.* 10. p. 263.

§. XX.

Ius Romanum in determinanda poena criminis abortus haud distinctionem facit inter partum animatum et inanimatum.

Si distinctionem hanc in iure Romano cogitare volumus, necesse est, 1) Romanos iurisconsultos animam tribuisse partibus; antequam lucem in publicam prodirent; sed illud nemo statuere potest, qui paullulum saltim in iure est versatus. Ante omnia 1) non facile fieri potuit, vt id existimarent, quum Zenonis castra sequerentur, vti multi iurisconsultorum atque in his etiam Io. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVS, *de philosophia iurisconsultorum stoica*, Ien. cIↃIↃccxxxxv. docuit; Stoici autem omnes putabant, animam partibus, vbi procrearentur, inflari atque immitti, quemadmodum ex PLVTARCHO, *libr.* I. *et placit. philos. cap.* III5. LVCRETIO, *libr.* III. v. 698. *tom.* I. p. 582. ed. HAVERCAMPII, TERTVLLIANO, de *anima*, *cap.* XXV. ac LACTANTIO, *libr.* III. *instit. cap.* 18. *tom.* I. p. 238. ed. LANGLETI DV FRESNOY patet. Libentes fatemur, nondum ex eo necessario sequi, vt iurisconsulti hac in re quoque conspirarent; verumenimuero 2) ipsa iurisconsultorum effata id abunde docent. VLPIANVS negat, partum animam esse, L. 1. §. 8. *D. commodati.* PAPINIANVS meminit, hominem constare ex corpore atque anima ac eamdem ob caussam, quod partum anima carere putat, eum hominem esse, inficiatur, *L.* 9. §. 1.

§. 1. *D. ad leg. Falcid.* praeterea autem MARCELLVS, L. 2. *D. de mortuo inferendo* ſpem animantis ſaltem eum peremiſſe videri ſcribit, qui grauidam mortuam humandam curat; antequam partus ei excidatur. Vbi deinde 11) diſtinctio haec locum haberet; neceſſe fuiſſet, vt illam exprimerent iurisconſulti; nec ſolum rationem poenae, qua abortus reum adficiendum ſtatuerent, in eo ſaltim ponerent, quod indignum ſit, vxorem maritum liberis fraudaſſe L. 4. *D. de extraord. criminibus.* Diſſentiunt ob poenam capitalem, qua coercenda procuratio abortus erat ſecundum *L.* 38. §. 5. ac *L.* 39. *D. de poenis* nec non *L.* 7. et 26. *D. de ſtatu hominum* IAC. CVIACIVS, *libr.* XIX. *obſeruat. iuris. cap.* 9. p. 634. IO. SOLORZANVS, *de crim. parricidii, libr.* 11. *cap.* 12. *tom.* V. *theſaur. iuris ciuilis Ottoniani*, p. 1082. IO. IAC. WISSENBACHIVS, *exercitat. ad pandect. diſp.* XXXI. p. 995. BEN. CARPZOVIVS, *prax. criminal. part.* I. *qu.* 11. *num.* 3. cum aliis; ſed noſtrae ſententiae, quam duabus *disquiſitionibus de genuino fonte diſtinctionis inter foetum animatum et inanimatum in nemeſi Carolina, art.* CXXXI. *adhibitae*, quarum prior ann. CIↃIↃCCLXVIII. poſterior autem ann. CIↃIↃCCLXXV. lucem adſpexit, copioſius expoſui, adhaeret IVST. HENNING. BOEHMERVS, *diſſ. de caede infantum in vtero, §.* 5. *tom.* VI. *exercitat. in pan dectas*, p. 378.

§. XXI.

Si aedes a pluribus inhabitantur atque ii, qui per incendium damnum paſſi ſunt, contra illarum dominum ex L. Aquilia agere volunt, probare debent, illius culpa ortum eſſe incendium.

Quo-

Quoniam 1) PAVLVS, *L.* 3. §. 1. *D. de offic. praef. vigilum*, adfirmat, plerumque incendia culpa fieri inhabitantium, hancque ob rem, id iure praesumendum esse, tacite statuit ac 2) cum eo conuenit ALVENVS VARVS, L. 11. *D. de peric. et commod. rei vendit.* et, sine culpa fieri non posse incendia, putat eiusque effatum nulla indiget emendatione, vti contra FRANC. HOTTOMANNVM, qui in illo delere vult negandi particulam, *libr. v. obseruat. cap.* 10. monstrarunt: LAVR. ANDR. HAMBERGERVS *diss.* 1. *de incendiis*, in eius *opusculis*, p. 95. et SIGISM. REICH. IAVCHIVS, *de negation. pandect. Florent. adiect. cap.* 14. p. 213. iure existimant, haud opus esse probatione culpae patris familias, vbi solus inhabitet aedes; sed eam praesumi, donec ille contrarium ostenderit; verumenimuero aliter res se habet, vbi inquilini quoque eiusmodi in aedibus habitarent. Quia eorum culpa non minus; quam locatoris incendium ortum esse potest et in caupona viatoris culpam probare debemus, contra quem agere volumus, propterea quod cum pluribus in illa versatus sit, ex sententia L. 6. §. *penult. D. naut. caupon. stabularii*: idem statuendum est de eo, in quem ex pluribus inquilinis suspicionem eiusmodi culpae inferre volumus. Qui dissentiunt, partim ad L. 11. *D. de peric. et com. rei venditae*; partim ad praesumtionem, quod rei culpa factum sit incendium, prouocant eamdemque ob causam hac de re inter scabinos Lipsienses dissidium extitisse, testatur Io. SCHILTERVS, *exerc.* v. *thes.* 11. sqq. Postea aduersariorum in sententiam discesserunt DAN. MOLLERVS, *libr.* IV. *sent. cap.* 3. ARN. VINNIVS, *select. iur. quaest. libr.* I. *cap.* 32. BENED. CARPZOVIVS, *part.* I. *prax. criminal. quaest.* 39. SAM. STRYCKIVS, *diss. de incendio casuali, posit.* VI. *tom.* I. *diss. Francofurtenses.*

SAM.

SAM. DE COCCEII. *iur. controu. libr.* VIIII. *tit.* 2. p. 555. sed cum nobis conueniunt: Io. HENR. BERGER, *resolut. leg. obstant. libr.* IX. *tit.* 2. p. 162. Io. SCHILTERVS, *loc. mem.* et potissimum LAVR. ANDR. HAMBERGERVS, *in diss. de incendiis* 1. *in eius opusc.* p. 90.

§. XXII.

In incendio paterfamilias culpam ministrorum, in ministerio commissam, praestat.

Vbi de resarciendo damno extra contractum dato, quaestio incidit, culpae etiam leuissimae ratio est habenda; sed ab illa nunquam liber est dominus, licet sola ministrorum eius negligentia oriatur incendium. Haud obscure hoc tradit *L.* 30. *D. locati.* Non videtur a iurisconsulto vis serui excepta in contractu, quo colonus locatori promisit, se villam praeter vim et vetustatem incorruptam esse redditurum. Ob *L.* 11. *D. de peric. et com. rei vend.* ac *L.* 11. §. 2. *D. de publican.* quidam dissentiunt, in quibus quidem ANDR. GAILIVS, *libr.* 11. *observat. cap.* 22. ac LAVR. ANDR. HAMBERGERVS, *diss. de incendiis, in eius opusc.* p. 91. haud locum tenent; bene tamen AVG. LEYSERVS, *spec.* 47. *med.* 3. *et spec.* 541. *cor.* 2. memorandus est.

§. XXII.

Si plures damnum intulerunt, vnus eorum in solidum conueniri potest.

Clare hoc sancitum est in *L.* 11. §. 2. *D. ad L. Aquil.* neque quidquam aliud introductum est per beneficium diuisionis, quod fundatur in *Nouell.* XCIX. *cap.* 1. *et authent. hoc ita C. de duobus reis*, quum eorum saltem in fauorem tendit, qui ex conuentione correalem in se susce-

ſuſceperunt obligationem. Aliud arridet BENED. CARPZOVIO, *deciſ.* CLXL *num.* 80. et Io. BRVNNEMANNO, *ad L.* 11. *D. ad L. Aquil.* quod correis debendi beneficium diuiſionis competat: ſocietas delinquentium ſit prohibita ideoque iis ſociorum iura haud ſint tribuenda ac *L.* 1. *C. de condict. furtiua* non ſit eum ad caſum trahenda, quo plures deliquentes ſint ſoluendo; ſed ſententia, quam amplexus ſum, defenditur a Io. HENR. BERGERO, *oeconom. iuris*, p. 789. et AVG. LEYSERO, *ſpec.* CXII. *med.* 1.

CAPVT OCTAVVM

DE MODIS TOLLENDI OBLIGATIONES.

---

§. I.

MARITVS debitor compenſationis exceptionem ipsius creditori, qui eius vxoris eſt debitor, opponere haud potest.

1) Quilibet alium, pro quo, licet inuito; aut ignorante, ſoluit liberat; quod autem alicui debetur, alius ſine voluntate eius non poteſt iure exigere, *L.* 39. *D.*

de

Digitized by Google

de negotiis geſtis. 2) Tutor cum eo, quod debetur pupillo, minus recte compenſat, vti argumentari ſolent iurisconſulti ex L. 23. *D. de compenſationibus;* ſed a tutore merito concludere poſſumus ad maritum. 3) Creditorem compenſare non cogi, quod alii; quam debitori ſuo debeat, intelligimus ex *L.* 18. §. 1. *D. et* L. 9. *C. de compenſationibus;* verumenimuero cogeretur compenſare eo modo debitor, ſi maritus debitum ſuum commiſcere vellet cum debito vxoris. Quoniam VLPIANVS *L.* 1. §. 11. *D. quando appellandum ſit* eam cauſſam propriam eſſe tradit, ad cuius emolumentum; vel damnum ad aliquem ſuo nomine pertinet; multum vero marito intereſt, vt eius vxori ſatisfiat ideoque cauſſa vxoris cauſſa quoque mariti eſſe videtur, compenſationem hoc caſu admittunt DAV. MEVIVS, *part.* 11. *deciſ.* 212. SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. tit. de compenſation.* §. 5. IAC. MAESTERTIVS, *de compenſat. quaeſt.* XI. p. 85. et AVG. LEYSERVS, *meditat. ad pandect. ſp.* CLXXIV. *med.* 4. ſed noſtram tuetur ſententiam WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. tom.* 1. *libr.* XVI. *tit.* 11. §. 9. p. 1024.

§. II.

Cessionarius sine dubio cum nomine ipsi cesso compenſare potest, quod ipſe debitori debet ceſſo.

Colligimus partim illud ex eo, quod, vbi idem adſit debitor ac creditor atque vnum debitum et creditum, ibi adſumi poſſit compenſatio; partim ex *L.* 18. *D. de compenſationibus* atque eo, quod ceſſionarius haud aliis iuribus vti queat; quam iis, quae habuit cedens: omnes exceptiones, quae debitor ceſſus habuit contra cedenden-

dentem, non minus proferre posſit contra ceſſionarium, atque ipſo iure compenſatio fiat. Qui enim ANT FABRO, *cod. Sabaud. libr.* IV. *tit.* XXIII. *def.* 3. BENED CARPZOVIO, *deciſ. ill. part.* III. *dec.* 255. et *iurisprud. for. part.* I. *conſt.* VIII. *def.* 7. *num.* 8. ac DAV. MEVIO, *part.* IV. *dec.* 140. aliter ſentiunt, ideo noſtra a ſententia alieni ſunt, quod haud ibi adſit debitum ac creditum mutuum; neque liquidum; ſed eam adprobant GEORG. FRANZKIVS, *libr.* I. *reſ.* 13. GEORG. AD. STRVV, *ex.* XXI. §. 25. IO. BRVNNEMANNVS. *in tract. de ceſſione actionum, cap. vlt. num.* 4. VLR. HVBERVS, *praelect. iur. ciu. lior.* XVI. *tit.* II. §. 11. ſq. ac IVST. HENN. BOEHMERVS, *conſult. ac deciſ. tom.* II. *part.* I. *reſp.* 304. *num.* 5. et 6

§. III.

Debitor ceſſus compenſationis exceptionem ob id, quod ipsi cedens debet, aliter adhibere nequit; quam si tempore cessionis iam cedens ipsius exstitit debitor.

Veritas huius propoſitionis ex eo patet, quod reuera non adſit mutuum debitum, vbi debitum cedentis eo tempore, quo in debito ceſſo creditoris partes non amplius ſuſtineret, contractum ſit, ideoque etiam compenſatio haud ſit cogitanda; ſed omnino illa admittenda ſit, vbi vtrumque debitum ante ceſſionem exiſteret. Quoniam debitor etiam poſt ceſſionem, antequam ipſi denunciauerit ceſſionarius, ſoluere poteſt cedenti, ſecundum *L.* 3. *C. de nouat.* diſtinctionem hanc reiiciunt GEORG. FRANZKIVS, *libr.* I. *reſolut.* 13. ac GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* XXI. *theſ.* 25. *tom.* I. p. 1393.

verum tamen adprobant: Io. Brvnnemannvs, *de ceff. act. cap. vlt. num.* 5. ac Mvllervs, *ad Strum. loc. cit.*

§. IV.

Compenſatio locum habet, licet debitor ſolutionem creditori iurato promiſerit, si tempore, quo iusiurandum praestatur, iuranti debitum, cum quo ſit compenſatio, fuit ignotum.

Saepius quaeſtio in medium proferri ſolet: num promiſſio ſolutionis iurata debitorem compenſandi priuet facultate? ſed in ea decidenda merito diſtinguere debemus, vtrum ignotum fuerit ipſi tempore iurisiurandi debitum, quocum fiat compenſatio: nec ne? Si ipſi non ignotum fuerit, ſatis per id declarat, ſe compenſatione vti non velle, propterea quod debitum agnoſcat, quod tamen ipſo iure exſtinctum eſſe adfirmare potuiſſet, atque ſolutionem ſpecialem intelligere, ad quam ſe obligat; vbi autem ei nondum fuerit notum, cuncta haec ſupponere haud poſſumus. Quumque accedit, compenſationem ſpeciem eſſe ſolutionis, *L.* 76. *D. de V. S.* ideoque eum, qui iurato ſolutionem pollicitus eſt, promiſſis ſtare, vbi compenſet: immo ſolutionem, ſpeciatim dictam, debitum, quod adhuc tempore ſolutionis adſit, requirere; illud, vbi adſit compenſatio, reuera amplius haud adeſſe ideoque nec ſolutionem praeſtari debere, licet ea antea ſit promiſſa, merito debitori ſolutionem iurato promittenti compenſatio eſt permittenda, ſi tempore promiſſionis debitum alterius ignorauerat. Prius negant inter alios Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* xvi. *tit.* 11. p. 771. atque auctores *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmate-*

Digitized by Google

materiem, *vol.* I. p. 314. ex iisdem argumentis, quibus confirmare ſtudui poſterius membrum; hoc autem potiſſimum ob *cap.* 6. et 7. *X. de iureiur.* multi reprobant, teſte LAVTERBACHIO, *colleg. theor. pract. tit. de compenſat.* §. VI. ſed nobiscum faciunt: PETR. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* XXI. *theſ.* 27. *tom.* I. p. 1396. ANDR. FACHINAEVS, *libr.* I. *controu. cap.* 6. IAC. MAESTERTIVS, *de compenſationibus*, *qu.* XII. p. 86. ac LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. polem. diſp.* XII. §. 18. p. 116.

§. V.

In creditorum concurſu locum tenet compenſatio, si vtrumque debitum vel ante; vel post motum concurſum est contractum; vbi autem vnum eorum ſolum ante concurſum exstitit, compenſatio quidem ſemper obtinet, si quis debitor debitoris communis exstitit ac iam maſſa ipsi ad ſoluendum quidquam obligatur; minime autem id statuendum est de caſu, quo creditor, moto concurſu, debitor maſſae eſſe incipit.

Concludimus omnia haec ex eo, quod compenſatio inter eosdem creditores ac debitores ipſo iure fiat; creditores autem in locum debitoris ratione bonorum quidem; minime autem ratione obligationum ſuccedunt, vti a me *diſſ. de compenſatione creditorum in concurſu*, Ienae CIↃIↃCCLXX. eſt traditum. Tantum abeſt, vt aduerſarii vnum; vel alterum horum principiorum improbent; vt in eorum potius ſolum adplicatione aliam ingrediantur viam; inter ſe autem haud conſpirant ideoque diuerſa ratione quaeſtionem hanc deciduht: Io.

GEORG. NICOLAI, *resolut.* XXIII. *nr.* 120. SAM. STRYCKIVS, *not. ad Brunnemannum de processu concursus creditorum, cap* VII. §. 10. GVNTH. LVDOV. MARTINI, *in anal. for. tit.* XXXIX. §. 1. *num.* 547. Io. HENR. BERGERVS, *supplem. ad elect. discept. for. part.* II. p. 348. *oeconom. iuris, libr.* III. *tit.* XV. §. 5. et *resol. leg. obstant. libr.* XVI. *tit.* II. p. 252. ac AVG. LEYSERVS, *spec.* CLXXIII. *med.* 4. ac *spec.* CLXXIV. *med.* 5.

§. VI.

Oblatio debiti a debitore creditori legitime facta, illum ipso iure liberat.

1) Liberationem contingere obsignatione pecuniae, ait *L.* 9. C. *de solut. liberationis* autem *verbum eamdem vim habet, quam solutionis*, vt verbis vtamur PAVLLI, quae reperimus in *L.* 47. *D. de V. S.* 2) Denegatur creditori in *L.* 19. *C. de vsuris*, oblatione facta, aduersus debitorem actio; actionem vero solummodo ii modi, quibus obligatio ipso iure exstinguitur, perimere solent. 3) Idem adfirmat *L.* 1. §. 36. *D. depositi*, quum depositarium per illam oblationem omni actione liberari adfirmat. Ob ea, quae cauta sunt *L.* 19. *C. de vsuris in fine* ac *L.* 72. *D. de solut.* Dissentiunt REINH. BACHOVIVS, *de pignor. libr.* V. *cap.* 1. *num.* 2. HIERON. TREVTLER, *vol.* II. *disp.* 39. *thes.* 7. atque alii: consentiunt vero Io. ZANGERVS, *de except. part.* III. *cap.* 2. *num.* 89. ac LVD. MENCKE, *gymnas. iur. pol. disp.* XXIII. *thes.* XVI. p. 252.

§. VII.

Animus nouandi expresse constare debet, si nouationem admittere volumus.

Colli-

Colligimus illud ex claris verbis IVSTINIANI, quae legimus in *L. vlt. C. de nouationibus;* nihilominus tamen a quibusdam aliud statuitur, quod voluntas verbis aeque ac factis declaratur eiusque potissimum ratio habetur in nouatione. Sed hoc nos haud impedit; quo minus cum Io. STRAVCHIO, *diss.* XVII. *thes.* 7. Io. IAC. WISSENBACHIO, *def.* XXVIII. §. 3. BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *const.* XIX. *def.* 14. DAV. MEVIO, *part.* II. *dec.* 338. HENR. HAHNIO, ad *Wesenbec. tit. de nouat. et delegat. nr.* 6. GEORG. AD. STRVVIO, *ex.* XLVII. §. 57. CAR. FERD. HOMMELIO, *rhapf. obf.* 560. auctoribus *der Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien*, *vol.* II. *med.* LXVI. p. 58. atque aliis discedimus a PAVLL. CHRISTINAEO, *vol.* III. *decis.* 108. IAC. MASCARDO, *de probat. conclus.* CXII. *nr.* 20. ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obs.* 30. Io. SCHILTERO, *ex.* VIII. §. 23. AVG. LEYSERO, *spec.* DXXVI. *med.* 6. CHRIST. LVD. CRELLIO, *de animo nouandi factis expresso*, Vitebergae CIↃIↃCCXXXVII. ac DAV. GEORG. STRVBEN, in *den rechtl. Bedencken*, *Theil.* IV. *Bed.* 50. *et* 194.

§. VIII.

Etiam delegatio cogitari nequit; nisi animus nouandi expresse declaretur.

1) Quod valet de nouatione in genere, locum quoque habet in delegatione, propterea quod delegatio species sit nouationis. 2) Rem clare testatam facit L. *vlt. C. de nouation.* Quoniam hoc in casu solum sermo est de translatione obligationis; nec de eius mutatione ac lex alteram corrigens ordinarie stricte est emendanda, negant hoc HENR. HAHNIVS *tit. de nouat. ac deleg. num.* 8. ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obs.* 30. DAV.

MEVIVS, *part.* II. *deciſ.* 240. LVD. MENCKE, *gymnaſ. pol. iur. diſp.* XXIII. *theſ.* 13. p. 250. Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iuris libr.* XLVI. *tit.* II. p. 807. ac DAV. GEORG. STRVBEN, in *den rechtl. Bed. Theil.* IV. *Bed.* 194. p. 503. verumenimuero iis aduerſantur: BEN. CARPZOV, *libr.* V. *reſp.* 105. Io. SICHARDVS, *ad L. fin. C. de nouat.* Io. VOETIVS, *ad tit. de nouat. et delegat.* Io. BRVNNEMANNVS, *ad L. vlt. C. de nouat.* SAM. COCCEII, *iur. controu. libr.* XLVI. *tit.* III. *quaeſt.* 4. ac IVST. HENN. BOEHMER, *conſult. ac deciſ. tom.* III. *conſ.* 1047. *num.* 7.

§. IX.

Verus debitor ab obligatione plene liberatur per ſententiam, vti aiunt, abſolutoriam, si vires rei iudicatae est nacta.

1) Quaecunqun exceptio inter perpetuas ac peremtorias locum habet, illa perimit penitus obligationem, *L.* 26. §. 3. *L.* 40. pr. *D. de cond. indebiti.* 2) Si actio ipſo iure exſtinguitur, nemini dubium erit, nullam ſupereſſe obligationem; nonne autem ſcribit iurisconſultus, haud intereſſe, vtrum iure quis actionem non habeat; an illa per exceptionem infirmetur, *L.* 112. *D. de reg. iuris.* 3) Res iudicata actionem producit, qua, quod nobis per ſententiam adiudicatum eſt, perſequimur: quod autem nobis dat actionem, illud quoque praebet exceptionem ſecundum *L.* 156. *D. de R. I.* et *cap.* 71. *de regulis iuris in ſexto.* 4) Si is, qui nihil debet et ad ſoluendum quid condemnatur, ſolutum tamquam indebitum repetere nequit, multo minus ab eo quidquam peti poteſt, qui abſolutus eſt per ſententiam, licet reuera quidquam debuerit; prius autem conſtat

conſtat ex *L.* 29. §. *pen. D. mandati L.* 36. *D. fam. erciſcund. L.* 1. *C. de cond. indeb.* 5) Res iudicata habetur pro veritate ex ſententia *L.* 207. *D. de reg. iur.* ac *L.* 25. *D. de ſtatu hominum* hancque ob cauſſam nec pro debitore amplius eſt habendus, qui ſemel per ſententiam eſt abſolutus. Comparat 6) VLPIANVS, *L.* 56. *D. de re iudicata* rem iudicatam, deciſionem iureiurando factam et confeſſionem, et poſt illam nihil amplius quaeri ſtatuit: quo quaeſo itaque modo quaeri poteſt, num adhuc quidquum debeatur? Tandem 7) *L.* 13. *D. quib. mod. pign.* cautum eſt, pignus liberari, ſi a iudice, quamuis per iniuriam, abſolutus ſit debitor; illud autem non ſtatui poſſet; niſi ſimul ipſum debitum per id expirare cenſeamus. Qui contrarium ſtatuunt, ad *L.* 60. *D. de condict. indebiti* atque ſatis nota praecepta prouocant, quod naturalis obligatio non tollatur ac verus debitor, licet ſit abſolutus, maneat; nec ſententia iudicis obligationem conſenſu conſtitutam perimere queat. Ita ſentiunt ANT. FABER, *in rational.* ad *L.* 60. *D. de condict. indebiti*: MATTH. WESENBECIVS, *ad dig. tit. de condit. indebiti*, *num.* 6. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *compend. digeſtor.* p. 202. REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. vol.* 1. *diſſ.* XXII. *theſ.* 4. Io. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 2. *C. de compenſat.* Io. ZORSIVS, *ad dig. tit. de exceptione rei iud. num.* 14. ſed nobiscum faciunt HVG. DONELLVS, *libr.* XIV. *comment. iur. ciuil. cap.* 10. atque alii.

§. X.

Confusio non extinguit totam obligationem ideoque haud comparanda est cum solutione.

1) Obligatio exſtinguitur ſolum vera ſolutione; vel

modo, quo creditori volenti id ſatisfactum eſt, *tit. I. quib. mod. toll. oblig. L.* 107. *D. de ſolut. L.* 19. *et* 53. *D. de contrah. emtione;* verum tamen neque ad vnum neque ad alterum referre poſſumus confuſionem. 2) Iurisconſultus *L.* 71. *D. de fideiuſſ.* confuſione ipſum debitum exſtingui negat et ſolum perſonam obligationi eximi putat. Si 3) confuſio eſſet ſolutio, heres creditor, vbi hereditatem ſemel adiit, eamque reſtituit, a fideicommiſſario priſtinum debitum haud petere poſſet; ſed illud ipſi permittitur. *L.* 59. *D. ad SC. Trebell.* Plura argumenta, quibus corroborari poſsit ſententia haec, profert SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* XLVI. *tit.* IIII. p. 606.

§. XI.

Remissio debiti ex omissione compenſationis, siue ſemel contigerit; siue ea sit repetita, haud potest colligi.

1) Si remitteret creditor debitum, quum omitteret compenſationem, haud poteſt, id quod ſoluit, indebite ſolutum eſſe, adſirmare hocque repetere condictione indebiti; verumtamen illud eſt ipſi conceſſum, *L.* 10. §. 1. *D. de compenſat.* ac *L.* 1. §. 4. *D. de contrar. tut. et vtili actione.* 2) Quaecunque renunciatio rite eſt probanda; neque vllo modo praeſumenda. Aliud qui ſtatuunt, ad L. 26. *D. de probat.**) prouocant eamdemque

*) Omnem attentionem haec lex meretur. Si ante omnia in eius lectionem genuinam eius oculos coniicere volumus: ſtatim quidquam deficere videmus in primis eius verbis, vbi illam conſideramus, vti nobis in codice exhibetur Florentino. Scribit ibi PAPINIANVS ſecundum eius lectionem: *Proculo magnae*

Digitized by Google

que ob cauſſam his acceſsit, Avg. Leyservs, *ſpec.* CLXXIII. *med.* 5. ſqq. ſed hoc nomine notatus a Io. Ern. Ivst. Mvllero, *obſeruat. pract. ad Leyſerum, vol.* II. *faſc.* I. *obſ.* 366. p. 252.

gnae quantitatis ſideicommiſſum a fratre ſibi debitum, poſt mortem eius in ratione cum heredibus compenſare vellet; ex diuerſo autem allegaretur, numquam id a fratre quamdiu vixit deſideratum, cum varii ex cauſsis ſaepe (in) rationem fratris pecunias ratio Proculae ſoluiſſet: Diuus Commodus cum ſuper eo negotio cognoſceret, non admiſit compenſationem, quaſi tacite, fratri fideicommiſſum fuiſſet remiſſum. Tuentur quidem lectionem hanc alii libri manuſcripti; ſed Greg. Haloander ſupplere ſtuduit, quod ad coniungendam vtramque propoſitionem, qua lex haec conſtaret, requiri videretur, vbi voculam *cum* inſerendam crederet inter verba *Procula* ac *magnae*; alio tamen modo difficultatem hanc tollere poſſumus, ſi cum Cornelio van Bynckershoeck, *libr.* VII. *obſeruat. iuris Rom. cap.* 8. coniicimus, ſcripſiſſe: *cum penſare* vellet hocque tantum vitio ſcribae mutatum eſſe in *compenſare*. Nec negandum eſt, verba haec: *ſaepe in rationem fratris pecunias ratio Proculae ſoluiſſes* obſcura eſſe; neque adcommodata genio linguae latinae eamdemque ob cauſſam omni attentione eſt digna emendatio Io. Gvil. Hofmanni, vbi *meletem. academ. diſſ.* XX. *obſ.* 117. in locum vocularum: *ratio Proculae* ſubſtituit: *actor Proculae*, quum huic pecuniae domino debita ſoluerentur; neque minus idem ſummas, quas ille deberet ſolueret, *L.* 4. §. 3. *D. de dol. mali et metus except. L.* 12. *D. de liberat. legat. L.* 94. §. 1. *D. de ſolut.* ac facillime accidere poſſet, vt duo haec verba: *ratio* et *actor* confunderentur. Ita ſi verba haec reſtituimus, ſine negotio perſpicere licet, quid ſibi velit Papinianvs; ei tamen omnino quoque lucem accendit Hofmannvs ſpecie, quam hac in lege ſupponendam eſſe cenſet; quaenam autem cauſſae fuerint, cur Commodvs reſcripſerit, non admittendam eſſe compenſationem, quaſi Procula fratri fideicommiſſum tacite remiſiſſet, plures iurisconſulti explorare ſtuduerunt, e quibus ſolum nominamus Edm. Merillivm, *libr.* IV. *obſeruat. cap.* XX. Gerh. Noodtivm, *commentar. in digeſt. libr.* XXII. *tit.* III. p. 477. et

SECTIO QVARTA
DE
REMEDIIS
IVRA EXERCENDI LEGITIMIS.

CAPVT PRIMVM
DE
ACTIONIBVS.

§. I.

PRAEIVDICIALES actiones neque ad reales; neque ad perſonales actiones ſunt referendae; ſed vtrisque merito opponuntur.

1) Quaecunque actio neque ex iure in re; neque ex iure ad rem deſcendit; illa neque perſonalis; neque realis dici poteſt. 2) Praeiudiciorum nomine actiones has occurrere, quis eſt, qui ignorat? praeiudicia autem actionibus opponuntur L. 1. §. 32. *D. de rei vindicat.* ac *L.* 35. §. 2. *D. de procurator.* Tandem 3) IVSTINIANVS id §. 13. *I. de act.* indicat, vbi actiones illas ſaltem in rem eſſe videri; minime autem eſſe tradit. Cum nobis conſpirant: IVST. HENN. BOEHMERVS, *doctrina*

et AVG. LEYSERVS, *loc. cit.* Mira eſt inter omnes conſpiratio, ita, vt vnus alterum deſcripſiſſe videatur: ſed ſolae ſunt coniecturae; quae tamen omnino ſimilitudinem veri conſequuntur.

Digitized by Google

trina de actionibus, sect. II. *cap.* I. p. 78. et IAC. THOM. GAVDLITZIVS, *de act. fam. praeiudicialibus*, Lipsiae CIↃIↃCCLXVII, sed ab iis potissimum ob §. 13. I. *de action.* dissident: IAN. A COSTA, *comm. ad instit.* §. 13. *de action.* HERM. VVLTEIVS, *comment. ad instit*, p. 701. aliique institutionum interpretes.

§. II.

Si quis, rei vindicatione instituta, ad fructus ex illa perceptos, est condemnatus, is quoque fructus restituere debet, qui verum superant rei pretium.

1) Ille haud alia exceptione tueri se posset; quam quod non licitae sint vsurae alterum tantum excedentes; verumenimuero ab vsuris ad fructus, si quoque in natura haud soluantur, non valet consequentia, quum pretium fructuum, id quod interest, saltem contineat ac vice fructuum naturalium fungatur: vsurae vero in locum fructuum succedant ciuilium. 2) Malae fidei possessor fructus vniuersos: immo omnes praestare debet, vt ex *L.* 22. *C. de R. V.* ac *L.* 1. *C. de his, quib. vt indign.* constat; eiusmodi fructus autem haud integri praestarentur, si ii possent detrahi, qui alterum tantum excedunt. Contrarium qui statuunt, prouocant partim ad comparationem inter vsuras et fructus *L.* 34. *D. de vsuris* factam; partim ad id, quod eiusmodi debitor ad incitas redigatur, si omnes restituere debeat fructus ideoque in fructibus eadem obtineat ratio, ob quam exactio vsurarum vltra alterum tantum sit prohibita. Litis, qua id coram illustrissimo Germaniae tribunali in dubium est vocatum, meminit AVG. LEYSERVS, *spec.* CCXLIX. *med.* 4.

§. III.

Digitized by Google

§. III.

Qui rei vindicatione instituta fructus repetere neglexit, eorum caussa seperatam actionem instituere haud potest.

1) Si hoc euenit, renunciat per id tacite actor fructibus, ad quos actionem suam statim extendere potuit; sed ad renunciata non datur regressus. 2) Conclusio haec merito valet a sumtibus ad fructus, quumque *L.* 3. *C. de fructibus et litium exp.* expresse sit cautum, eos haud peti posse, propterea quod post absolutum dimissumque iudicium nefas sit litem alteram consurgere ex litis prima materie: idem quoque valet de fructibus. Io. Brvnnemannvs, *ad L. 4. C. depositi*, aduersariam fouet sententiam eiusque rationem in eo ponit, quod si fructus non sunt petiti, nec reus ab iis absolutus sit tacite sententia, qua illi sunt praetetiti; sed ab eo dissident Bened. Carpzovivs, *libr.* II. *resp.* 79. *nr.* 18. Io. Henr. Berger, *oecon. iuris, libr.* II. *tit.* II. §. 34. *not.* 9. et Avg. Leyservs, *spec.* XCIX. *med.* 8.

§. IV.

Actio Paulliana, si reuocatur res, a debitore alienata, est actio realis.

1) Meminit eius imperator §. 6. *I. de action.* inter reales actiones. Neque 2) minus ex §. 8. *I. de actionibus* id haud obscure colligendum est, quum omnes actiones iam expositas, reales esse tradit. Tandem 3) concludimus illud ex eo, quod in dominio facto actoris fundatur ac contra rei possessorem instituitur. Nobiscum consentiunt: Wolfg. Ad. Lauterbachivs, *colleg. theor.*

theor. pract. libr. XLII. *tit.* 8. §. 6. Io. SCHILTERVS, *ex.* XLVI. §. 41. GEORG. FRANZKIVS, *ex.* XV. *qu.* 4. cum aliis; sed ob *L.* 38. *pr.* et §. 4. *D. de vsuris* ab iis remoti sunt: HVGO DONELLVS, *comment. iur. ciuil. libr.* VI. *cap.* 5. HENR. HAHNIVS, *ad Wesenbecium, libr.* XLII. *tit.* 8. *num.* 6. quibus accedunt CONRAD. SIGISMVND. CAROL. HAENLEIN, *diss. de actionis Paullianae natura, requisitis et vsu forensi*, Erlangae, CIↃIↃCCLXXXV. HENR. NETTELBLADT, *diss. de Paullianae actionis vero fundamento, obiecto et eius duratione*, Rostochii, CIↃIↃCCXXXIX.

§. V.

Actio Paulliana locum non habet, si solum hereditati delatae debitor renunciauerit.

Prohibet 1) quidem praetor in edicto, quo Paullianam introducit actionem; quominus patrimonium suum deminuat; minime vero per id praecipit, vt illud augeat *L.* 20. *D. de his, quae in fraud. creditor.* Vbi debitores 2) non sunt fraudati, ibi nec locum habet Paulliana; sed fraudatos creditores prius haud cogitare possumus; quam si quidquam alienatur a debitore, *L.* 134. *D. de R. I.* Clare rem probat denique 3) *L.* 6. *pr. D. de his, quae in fraud. creditor.* aduersarii autem aequitati magis consentaneum esse putant, vt talis renunciatio reuocetur, ac simul persuasum habent, id, quod fisco competebat, tribuendum quoque esse aliis; neque minus ad *L.* 45. *pr. D. de iure fisci* prouocant. Id, quod statuimus, placet quoque Io. A SANDE, *decis. libr.* III. *tit.* XIII. *def.* 3. ARN. VINNIO, *ad* §. 6 *I. de act. num.* 6. MATTH. BERLICHIO, *dec.* CXVI. GOTTFR. LVD. MENCKEN, *introductione in doctrinam de act. forens.* p. 53.

ANDR.

ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obſ.* 131. ANDR. KOHLIO, *in declar. conſtitut. Marchicar. quaeſt.* VII. *num.* 3. ac FRID. BEHMERO, *iur. controu. tom.* I. *obſ.* XXI. p. 212. ſed alias in partes ſuccedunt: Io. BRVNNEMANNVS, *ad L. 7. §. 2. D. de his, quae in fraud. credit.* Io. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XLII. *tit.* 8. ac SCHILTERVS, *loc. excit.*

§. VI.

In actione negatoria si quis ſola in libertate praedii ſe fundat, eam probare haud tenetur, licet reus ex ſententia iudicis ſeruitutem possideat.

1) Qui in actione ſolummodo quid negat, ille non probat. 2) Quodcunque praeſumitur, id non probatur; praeſumtio vero tamdiu durat; quamdiu contrarium neque per probationem; neque per praeſumtionem fortiorem planum eſt factum. 3) Probatur ex §. 2. *I. de actionibus*, quum caſum eſſe tradit, quo rei poſſeſſor actoris partes ſuſtinere debeat atque ſecundum plerorumque iuris interpretum ſententiam ſub hoc caſu actionem negatoriam intelligit. Haec ſunt argumenta noſtra: plura ſunt, quibus aduerſarii contrarium probare ſtudent; quod nimirum 1) actori incumbat probatio: 2) poſſeſſio ſeruitutis ſit certa; aliud vero obtinere incertum: 3) poſſeſſor ordinarie a probatione liberetur 4) praeſumtio pro poſſeſſore fortior ſit praeſumtio pro libertate ideoque hanc elidat: 5) ſecundum *L.* 14. *D. de probat.* is, qui in poſſeſſione libertinitatis eſt, ſeque ingenuam dicit, cauſſam agere debeat ac docere, ſe ingenuum eſſe ac non minus 6) ex *L.* 8. §. 1. et 3. *D. ſi ſeruitus vindicetur*, *L.* 7. *D. de liberali cauſſa L. fin.*

fin. C. de R. V. L. 15. *D. de op. nou. nunciat.* ac *L.* 8. *D. de probat.* liqueat, eum, qui negatoriam inſtituat, petitoris partes ſuſtinere. Ita ſentiunt DAV. MEVIVS, *part.* VIII. *deciſ.* 292. NIC. CHRIST. LYNCKERVS, *cent.* I. *deciſ.* 16. HENR. COCCEII, *diſſ. de directa probatione negatoria cap.* 2. §. 10. SAM. COCCEII, in *iure controuerſo libr.* VIII. *tit.* V. *quaeſt.* 4. ſed nobiscum inprimis conſpirant AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CIX. *med.* 5. FRID. ESAIAS PVFENDORFIVS, *obſ. iuris vniuerſi, tom.* I. *obſ.* 137. p. 93. et GEORG. HENR. AYRERVS, *programm. de onere probandi non reo ſed actori etiam in actione negatoria ſubinde imponenda*, Gotting. ann. CIↃIↃCCLVI. cui addas NIC. HIERON. GVNDLINGIVM, in *Gundlingianis*, *part.* XXVIII. p. 263. ſqq.

§. VII.

In actione negatoria actor non ſolum poſſeſſionem; ſed dominium praedii, quod ſeruitute oneratum eſſe negat, demonstrare debet.

Clare hoc demonſtrat AFRICANVS, *L.* 16. *D. de except.* huic tamen theſi aduerſantur, qui poſſeſſionis demonſtrationem ſufficere putant ob *L.* 8. §. 3. *D. ſi ſeruit. vindicatur.* Inter eos deprehendimus Io. HENR. BERGERVM, *reſolut. Lauterbachianis*, p. 152. ſed AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CIX. *med.* 3. ipſi contradicit.

§. VIII.

Differt nunciatio noui operis, quae fit per manum ab ea, quam quis per iactum lapilli peragit, minime.

1) Clare

1) Clare scribit VLPIANVS, *L.* 5. §. 10. *D. de operis noui nunciatione*, melius esse eum, qui in nostro aedificare quid velit, per praetorem; vel per manum prohibere; quam operis noui nunciatione ac simul modum, quo id peragi posset per manum, ita describit, vt adserat, fieri illud per *lapilli ictum*; nullum autem adest argumentum, ex quo concludere nobis liceret, ista verba manu aliena irrepsisse, quemadmodum somniantur, qui nobis repugnant. 2) Idem iurisconsultus, L. 6. §. 1. *D. si seru. vindicetur* tria tantum remedia recenset, quibus possessor aedificantem prohibere possit, videlicet ciuilem actionem, interdictum vi; aut clam ac ictum lapilli. Aliud praesertim ob distinctionem inter prohibitionem per manum ac nunciationem, *L.* 5. §. 10. *D. de O. N. N.* adhibitam statuunt: FRANC. HOTTOMANNVS, *libr.* 11. *obs. iuris, cap.* 4. PETR. MVLLERVS, *not. ad Struu. ex.* XXIX. §. 3. *tom.* III. p. 2. et I. L. E PVTTMANNVS, *probabil. iuris ciuilis, libr.* I. p. 145. sed nostrae sententiae suffragantur Io. SCHILTERVS, *prax. iur. Rom. tom.* III. *exerc.* XLII. §. 16. p. 9. CHR. PHIL. RICHTERVS, *vel acad.* XXXVI. *thes.* 62. ac HENR. HAHNIVS, *ad Wesenbecium, libr.* XXXIX. *tit.* I. *tom.* II. p. 579.

§. IX.

Nunciationem noui operis peragere potest, qui seruitutem solam habet, siue sit personalis; siue sit realis.

1) Coniungit VLPIANVS L. 3. §. 3. *D. de O. N. N.* actionem seruitutum caussa et operis noui nunciationem atque ab vna ad alteram concludit. Eadem ratione 2) permittit CAIVS, *L.* 9. *D. eod. tit.* creditori, de iure opus

opus nouum nunciare eiusque rei rationem in eo ponit, quod sit illud seruitus hancque ob caussam ei non minus competat vindicatio seruitutis. Qui 3) dominium; aut seruitutem habet, ei tribuit VLPIANVS, L. *vn.* §. 4. *D. de remissionibus* ius opus nouum nunciandi; speciatim autem nominat fructuarium ipsique ius vindicandarum seruitutum concedit. Nonne 4) SEXTVS PETIVS, teste VLPIANO, *L.* 5. §. 7. *D. de op. nou. nunc.* triplicem caussam operis noui nunciationis esse statuit atque ad istas quoque caussam imposititiam retulit, quum quis, postquam ius suum diminuit, alterius auxit, *hoc est, postcaquam seruitutem aedibus suis imposuit et contra seruitutem fecit.* Dominum tandem 5), qui parietem, cui seruitus est imposita, deteriorem fecit; aut per hanc actionem; aut per operis noui nunciationem prohiberi, tradit idem L. 6. §. *fin. D. si seruitus vindicetur* eandemque rem confirmat in *L.* 15. *D. de seruit. praed. vrbanorum.* Aliud placet ob *L.* 14. *D. de op. nou. nunc. L.* 1. §. 1. *D. si vsusfr. pet.* ac *L.* 1. §. 4. *D. de remiss.* DION. GOTHOFREDO, *not. ad L.* 3. *D. de O. N. N.* IAC. CVIACIO, *libr.* 1. *obseruat. iuris cap.* 16. CHRIST. PHIL. RICHTER, *diss. de noui operis nunciatione, exerc.* XXXVI. in *velitationibus* eius *academicis*, p. 707. VLRIC. HVBERO, *praelect. iuris ciuilis, libr.* XXXIX. *tit.* 1. *tom.* III. p. 386. sed nostra sententia defenditur a GEORG. AD. STRVVIO, *ex.* XXXIX, *thes.* 4. *tom.* III. p. 4. eiusque interprete PETR. MVLLERO.

§. X.

Qui seruitutem viae habet, nunciatione noui operis vti potest sine dubio, vbi ille impeditur; quominus seruitutem hanc exercere queat.

Generatim leges, vti supra est monstratum, ei, qui seruitutem saltem habet, facultatem tribuunt, nouum opus nunciandi, vt supra monstrauimus; viae autem seruitus, vti tironi constat, inter seruitutes merito est referenda; neque ei repugnat rei IVLIANVS, vbi nunciationem hanc denegare videtur illi, qui eiusmodi tenet seruitutem, L. 14. *D. de operis noui nunciatione.* Quum hic iurisconsultus, vti ex *L. vn. §. 4. D. de remiss.* constat, domino seruitutis solum concedere voluerit nunciationem noui operis aduersus tertium; minime autem aduersus dominum: loquitur hac in lege de casu, quo dominus fundi quidquam aedificauerit, eamdemque ob caussam ipsi nunciationem noui operis competere, negat. Contrariam sententiam fouent, quod via in nouo opere haud ita claudatur, vt nec alia fundi pars eligi possit, qua is, qui seruitutem hanc habeat, eat; vel agat; aedificantis vero plurimum interfit, illo loco aedificium habere eamdemque ob rem ratio habenda sit L. 14. et 19. *D. de N. O. N.* Io. STRAVCHIVS, *exercit. Iustinian.* XXIII. *§. 4.* FRANC. HOTTOMANNVS, *libr.* XIII. *obseru. iur. ciuilis, cap.* 17. CHRIST. PHIL. RICHTER, *velit. academ ex.* XXXVI. p. 707. sed nostra placet PETR. MVLLERO, *ad Struu. loc. citato.*

§. XI.

Nunciatio noui operis locum habet; licet nondum inchoatum sit opus.

Quum ex VLPIANI sententia haud interest, *L. 5. §. 2. D. de operis noui nunciatione*, vtrum quis iam aedificet opus; an illud aedificare inchoet, merito ex eo concludimus, nunciari posse nouum opus etiam ante; quam

quam illud coeptum ſit. Aliud ob *L.* 20. §. 3. *D de op. nou. nunc.* et quod VLPIANVS. *leg.* 5. *§.* 2. *D. eiusd. tit.* alterutrum ſupponat, quod ſcilicet nunciandus vel aedificet; vel aedificare inchoet docet communis doctorum cohors, in quibus ſolum nominare licet WOLFG. AD. LAVTERBACHIVM, *coll. theor. pract. libr.* XXXVIIII. *tit.* I. *§.* 21. *tom.* I. p. 13. ſed noſtram opinionem probant Io. SCHILTERVS, *ex.* XLII. *theſ.* V. *tom.* III. p. 6. ac Io. STRAVCHIVS, *diſſ. de operis noui nunciat.* Ien. cIↃ IↃCLXVIIII.

§. XII.

Vbi nunciantis ius eſt liquidum, ad cautionem admitti haud poteſt is, cui nunciatum eſt nouum opus, vt continuare queat aedificium.

Requirit Iuſtinianus, *L. vn. C. de noui oper. nunciatione*; vt quocunque modo adſit ad deciſionem ambiguitatis impedimentum, vbi quisquam admittendus ſit ad cautionem; per id autem aedificantem claris verbis a ſatisdatione hac excludit, ſi clare conſtet, eum iure aedificare haud poſſe. Aliud cenſet ob *L.* 1. §. 2. *L.* 5. §. 17. *L.* 8. §. 2. *L.* 12. *L.* 20. §. 5. ſqq. *L.* 21. §. 1. et 7. *D.* ac *L. vn. C. de oper. noui nunc.* quibus nunciato facultas, ad ſatisfactionem ſe offerendi, conceditur WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *loc. laudat.* noſtram autem tuentur ſententiam: DAV. MEVIVS, *part* III. *deciſ.* 401. *part.* III. *deciſ.* 236. PETR. MVLLERVS, *loc. cit.* ac AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCLXXVII. *med.* 9.

§. XIII.

Hereditatis petitio liberorum lapſu triginta annorum expirat.

De hereditatis petitione generatim *L. 7. C. de petit. heredit.* eſt cautum, quod praeſcriptione longiſſimi expiret temporis quumque ea, quam liberi inſtituunt, ſpecies ſit hereditatis petitionis, idem quoque de ea ſtatuere debemus. Aliud ab iis traditur, qui putant, hereditatis illam liberorum petitionem non; niſi nonaginta annorum ſpatio extingui; ii vero nituntur principiis praetoris, ſecundum quae liberis, ſi quoque tempus petendi bonorum poſſeſſionem iis conceſſum praeterlapſum fuerit, liceret eam petere, qua agnatis, et vbi quoque illud temporis ſpatium, quod his prodeſſet, praeterire neglexerint, id ipſis permitteretur, qua cognatis. Ita ſentiunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* III. *conſt.* XIV. *def.* 30. Io. PHILIPPI, *vs. pract. inſtit. libr.* III. *eclog.* 34. GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* X. §. 68. NIC. CHRIST. LYNCKERVS, *cent.* I. *dec.* 72. ac Io. VLRIC. CRAMER in *denen Wezlariſchen Beyträgen, Theil* I. *num.* 9. ſed ea ſententia, quam adoptaui, adprobatur a SAM. STRYCKIO, *tract. de ſucceſſ. ab inteſtato, diſſ.* IX. *cap.* II. §. 39. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* V. *tit.* III. *quaeſt.* 22. Io. BALTH. WERNHER, *tom.* I. *part.* I. *obſ.* 55. et 310. atque auctores der *Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien: vol.* III. *med* CLXXVIII. p. 294.

§. XIV.

Hereditatis petitio non ſolum in foro domicilii; ſed etiam in foro rei ſitae inſtitui poteſt.

He-

by Google

Hereditatis petitio eſt actio realis; de actionibus autem realibus clare eſt cautum *L. vlt. C. vbi in rem actio*, quod actio in rem moueri poſſit in locis, in quibus res, propter quas contenditur, conſtitutae ſunt. Qui illud negant, prouocant partim ad *L. 79. §. 4. D. de inoff. teſtam.* partim ad *L. vn. C. vbi de hereditate* eamdemque ob cauſſam hac de re litigarunt tam antiquiores; quam recentiores iurisconſulti. Quum noſtram adprobant ſententiam ACCVRSIVS ad *L. vn. C. vbi de hered.* HERMAN. VVLTEIVS ad *eamdem leg.* Io. HENRIC. BERGERVS *part.* 1. *reſpons.* 202. AVG. LEYSERVS *ſpec.* XCIV *med.* 1. ab illa alieni ſunt HVGO DONELLVS, *comment. iuris ciuil. libr.* XVI. *cap.* 1. IAC. CVIACIVS, *libr.* V. *obſeruat. cap.* 19. ac FRID. CHRIST. GEORG. MEISTERVS *diſſ. vbi de hereditate agatur*, Gottingae, CIↃIↃCCLXXVI.

§. XV.

Querela inofficioſi eſt hereditatis petitio.

1) Non poteſt aliquis inſtituere querelam inofficioſi; niſi ei hereditas defuncti ab inteſtato competit haecque etiam eſt cauſſa, cur agnoſcere debuerit bonorum poſſeſſionem litis ordinandae cauſſa L. 6. §. *vlt. L* 7. *L.* 8. *pr. D. de inoff. teſtamento.* 2) Clare id docent L. 8. §. 8. L. 20. et 21. *D. de inoff. teſtamento* ac *L.* 20. *pr. D. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas.* Diſtinguit 3) imperator *L.* 34. *C. de inoff. teſtament.* querelam inofficioſi reliquis ab hereditatis petitionibus ſolum in eo, quod ex nomine de inofficioſo teſtamento inſtituatur, vti PETR. DE TOVLLIEV, *collectan. diſſ.* V. p. 225. *L.* 34. *C. de inoff. teſtam.* acute explicat. A ſententia hac

alieni ſunt, quoniam actio illa ſolum ſit iudicium reſcindens, a reſciſſorio diuerſum: petitio hereditatis vel ſit ex teſtamento; vel ab inteſtato; querela autem nec ſit ex teſtamento; nec ab inteſtato: petitio hereditatis contra quemui obtineat, qui pro herede; vel poſſeſſore poſſideat; querela autem inſtituitur contra heredem ſcriptum, etſi non poſſideat: actor in hereditatis petitione, ſi vincat, hereditatem conſequitur; hoc autem haud ſemper efficiat victoria actoris in querela inofficioſi, SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* v. *tit.* II. p. 394. HELFR. VLRIC. HVNNIVS, *reſolut. legum libr.* II. *tract.* VII. p. 533. ac ANDR. FLOR. RIVINVS, *iurisprud. polem.* p. 33. verumtamen illam adprobant: HVGO DONELLVS, *libr.* XVIIII. *cap.* 3. ARN. VINNIVS, *libr.* I. *ſelect. iur. quaeſtion. cap.* 19. p. 87. IVST. HENN. BOEHMER, *de act. ſect.* II. *cap.* III, § 31. p. 182. Io. ORDV. WESTENBERGIVS, *princ. iuris ſecund. ord. dig.* p. 237. et PET. A TOVLLIEV, *loc. citato.*

§. XVI.

Querela inofficioſae donationis inſtitui nequit; niſi mortuo teſtatore.

Iſta querela a nemine inſtitui poteſt; quam ab eo, qui, legitimam in bonis donatoris ſibi competere, adſerere poteſt, L. 3. 6. et 7. *C. de inoff. donat.* illud autem adfirmare haud poſſumus; quam ſi viuis ſit exemtus ille, ex cuius bonis legitimam petimus, ſiquidem 1) legitimae notio illud docet, quae portio eſt hereditatis; ſeu vniuerſitatis bonorum poſt mortem eius poſſeſſoris in alterum delatae *L.* 1. *D. de hered. vel act. venditа;* deinde quoque legibus 2) eſt cautum; in com-

pu-

putatione legitimae ſtatum bonorum conſiderari, qui fuit tempore mortis illius, qui eam relinquit, *L. 6. C. de inoff. teſtamento.* Contingere quoque 3) poteſt, vt heres eiusmodi neceſſarius viuo teſtatore quidquam committat, ob quod legitima ſit priuandus per exheredationem eaudemque ob cauſſam ante mortem non certe legitimam ſibi poteſt adquirere et quo quaeſo 4) modo; niſi ſit donatio bonorum omnium tam praeſentium; quam futurorum, heres ſtatuere poteſt, legitimam ipſi haud eſſe fatuam? Etiam facta donatione adhuc ſibi adquirere poteſt, quod ſufficiat ad legitimam alteri ſoluendam. Quemadmodum itaque priora argumenta generatim veritatem propoſitionis noſtrae confirmant; ita poſterius, vel minimum ea, quae tradidimus, vera eſſe, docet de donationibus, quibus haud omnia bona futura aeque ac praeſentia in alterum transtulimus. Qui aliud ſtatuunt, partim ad reſcriptum illud DIOCLETIANI ac MAXIMIANI, *L. 5. C. de inoff. donat.* partim ad conſtitutionem CONSTANTINI et CONSTANTII in *L. 8. C. de reuocand. donat.* prouocant, nimirum MATTH. WESENBEGIVS, *paratitl. not. ad tit. de inoff. donat. num.* 18. IAC. CVIACIVS, *ad Nou.* 92. et *tract. ad. African.* p 12. Io. BERNH. FRIESIVS, *diſſ. de querela inoff. donat.* Ienae, clɔ Iɔcɔxv. et Io. ORD. WESTENBERGIVS, *diſſ. de legitima, cap.* III. §. 5. ſed noſtram adprobant ſententiam: CHR. THOMASIVS, *de legitima viuentis, cap.* I. cui quoque acceſſimus in *diſſ. de praeſcriptione querelae inoff. donat. tom.* I. *opuſcular.* p. 292.

§. XVII.

Si actio hypothecaria contra debitorem ipſum inſtituitur, alternatiuum illius petitum

ei haud nocet; reiicienda vero eſt, ſi contra tertium rei poſſeſſorem exhibetur atque alternatiuum continet petitum.

Si contra debitorem actio inſtituitur, atque ab eo poſcitur, vt vel ſoluat, vel hypothecam creditori tradat: prius ex condictione debiti; poſterius autem ex actione hypothecaria deducendum, quum vtraque actio in libello poteſt cumulari; vbi vero contra tertium rei poſſeſſorem locum habet, contra eum condictio ex mutuo haud obtinet; ſed ſola actio hypothecaria eſt inſtituenda, quae ſaltem eo tendit, vt poſſeſſionem creditor nanciſcatur, donec ei eſt ſatisfactum. Prius quum haud controuerſum eſt: in poſteriori autem haud omnes iurisconſulti mecum conſentiunt et qui contrarium adfirmant, prouocant potiſſimum ad id, quod hypotheca haud cogitari poſſit ſine debito; ſed obligationem perſonalem ſupponat ac ex eius ſolutione potiſſimum liqueat, illam eſſe debiti acceſſorium. Neque minus pro ſe adlegant *L.* 13. *§.* 4. et *L.* 16. *§.* 3. *D. de pignor.* MATTH. BERLICH, *part.* I. *concluſ.* XII. *nr.* 12. ANDR. GAILIVS, *libr.* I. *obſ.* 52 BEN. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* II. *def.* 9. SIM. HENR. MVSAEVS, *de libello alternatiuo in actione hypothecaria admittendo*, Kil. cIↃIↃCCI. Io. HENR. BERGER, *in el. diſc. for. tit.* V. *obſ.* 9. GOTTL. GERH. TITIVS, *in iure priuato*, *libr.* XII. *cap.* 2. *§.* 12. ſine vlla diſtinctione petitum alternatiuum in actione hac admittunt; ſed reiiciunt illud Q. SEPT. FLOR. RIVINVS, *in enunc. iur. enunc.* XXXIII. *tit.* II. BARTH. LEONH. SWENDENDOERFER, *ad Tibig. part.* I. *cap.* 2. *nr.* 3 §. 8. et Io. FL. RIVINVS, *diſſ. de libello in actione hypothecaria rite formando*, quam MVSAEI diſſertationi oppoſuit, quaeue Lipſiae ann.

ann. cIↃ IↃCCVI. prodiit. Mediam viam ingreditur IVST. HENN. BOEHMERVS, *exercit. ad pand. tom.* II, p. 212.

§. XVIII.

Interdictum Saluianum etiam contra tertium locum habet.

1) Quum emtor rei, pignoris loco datae, etiam ob id, quod ex ea eſt natum, interdicto Saluiano a creditore conueniri poteſt, *L.* 1. *pr. D. de Saluiano interdicto;* multo maiori iure per interdictum Saluianum repeti poteſt a tertio res ipſa oppignorata. 2) Saluianum interdictum locum habere contra extraneum, adfirmat *L.* 1. §. 1. *D. de Salu. interdicto.* Diſtinguitur ille non ſolum a colono; verum etiam ab iis, quibus res ſunt obligatae ideoque per id non; niſi tertius intelligendus eſt; qui vero memoratum interdictum contra tertium locum habere negant, prouocant potiſſimum ad *L.* 1. *C. de precar.* Diſſentiunt, diuerſa tamen ratione SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo libr.* XLIII, *tit.* X. p. 524. et IVST. HENN. BOEHMERVS, *de actionibus, ſect.* II. *cap.* 3. *§.* 103. p. 294. GOTHOF. LVD. MENCKEN, *in introduct. in doctrinam de act. com. ſpec. ſect.* 1. *cap.* 1. *membr.* 8. p. 71. et IO. CHR. PESLER, *diſſ. de Saluiano interdicto vtili aduerſus quemcunque rerum oppignoratarum poſſeſſorem competente*, Francof. ad Viadr. cIↃIↃCCLIV.

§. XIX.

Licet haud errent, qui, plures rem in ſolidum poſſidere poſſe, putant; ſtatui tamen haud

haud poteſt, cuilibet eorum aduerſus alterum remedium competere poſſeſſorium.

Ex iure notum eſt, poſſeſſionem in naturalem diuidi ac ciuilem, et vtramque duplici ſenſu ſumi. Quum naturaliter poſſidere eum dicere ſolemus, qui rem ſine animo ſibi eam habendi poſſidet; vel rem actu corporali detinet; ciuilis poſſeſſoris nomine is deſignatur, qui vel rem cum animo, eam ſibi habendi, poſſidet; vel eam per alium poſſidet. Haec quum ita ſeſe habeant, merito negare poſſumus, plures rem in ſolidum poſſidere poſſe, ſi vocabulum *poſſeſſionis* pro ſpecie quadam ſumimus, ſiue ſub illa naturalem; ſiue ciuilem intelligamus. Non poteſt ciuiliter quisquam rem poſſidere in ſolidum omnesue excludere, ſi alius exiſtat, qui non minus ciuiliter poſſidet rem; neque vero minus certum eſt, naturaliter rem a nemine in ſolidum poſſideri, ſi ab alio etiam naturaliter poſſideatur. Eadem autem ratione iis, qui eamdem theſin concedunt, adſentiri licet, ſi *poſſeſſionis* vocabulum de genere ſumamus et ſub vno poſſeſſore ciuilem; ſub altero naturalem intelligamus; vbi vero hanc eligamus viam: non poſſumus ſtatuere, cuilibet competere poſſe vnum remedium poſſeſſorium, ſiue aliud in naturali; ſiue ciuili fundetur poſſeſſione. Quum quaeſtio haec eo maiorem meretur attentionen, quod de ea acriter litigauerint Sabiniani ac Proculeiani: recentiores aduerſarios duas in claſſes ſcribimus. Qui nequidem ita duos rem in ſolidum poſſidere poſſe credunt, vt vnus naturaliter eam poſſideat; alter ciuiliter, prouocant ad L. 3. §. 5. *D. de adquir. vel am. poſſeſſ.* L. 1. §. 15. et *L.* 17. §. 1. *D. eiusd. tit.* atque vnam in claſſem cadunt: in alteram vero, qui vel cum BARTOLO plures rem naturaliter; vel cum PETR.

PETR. ROGERIO plures rem ciuiliter poſſidere putant, quoniam vtrique, vbi hoc ſtatuunt, pluribus quoque remedium vnum concedere debent; verum eiiinuero noſtram in ſententiam discedunt GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* XLII. *theſ.* 9. *tom.* III. p. 140. Io. BRVNNEMANN *ad L.* 3. *D. de adquir. vel. am. poſſ.* ac SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XLI. *tit.* II, *quaeſt.* 4. p. 438. ſqq.

§. XX.

Interdictum vnde vi etiam heredi eius, qui deiectus eſt, prodest.

Actio ſemel nata ad heredem tranſit; niſi ad meram vindictam tendit; iſtud autem interdictum ad vindictam haud tendit ideoque etiam ad heredes tranſit; qui vero illud ipſis denegant, ad *L.* 1. *§.* 9. et 23. *D. de vi et vi armata* prouocant quumque ſecundum eam interdictum illud non; niſi ab eo, qui tempore deiectionis poſſedit, inſtituitur; hoc vero haud adfirmari poſſit de herede; eo nomine noſtram impugnant ſententiam. Lis ſuperioti ſeculo hac de quaeſtione eſt agitata inter Io. IAC. WISSENBACHIVM: *ex. ad pand. part.* II. *diſp.* XXIII. *theſ.* 27. CASP. KLOCKIVM, *de contribut. cap.* XIX. *num.* 154. DAV. MEVIVM, *part.* V. *deciſ.* 289. ac GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XLV. *theſ.* 116. *tom.* III. p. 353.

§. XXI.

Deiectus de poſſeſſione non habet interdictum vti poſſidetis.

Ei, qui deiectus est de possessione, prospectum quidem est in interdicto recuperandae possessionis, sed neutiquam in interdicto retinendae possessionis. Qui non possidet, vti hoc remedio nequit; sed eiusmodi deiectus non possidet. Nostram tuentur sententiam: HENR. HAHNIVS, *ad Wesenbec. libr.* XLIII. *tit.* XVII. *nr.* 5. GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XLV. *thes.* 118. *tom.* III. p. 360. REINH. BACHOVIVS, *ad Wesenbecium; loc. cit.* improbant vero, propterea quod deiectus ciuilem possessionem continuare queat; neque naturalis restitutio, si eam desiderat, non est deneganda; nec contra deiectum interdictum hoc obtineat, si deiectio rite demonstrari possit ab *L.* 1. *§.* 24. *D. de vi et vi armata:* ac *L.* 6. *in fin. D. de adquir. vel amitt. possess.* IAC. CVIACIVS *libr.* VIIII. *obs.* 32. FRID. MINDANVS, *de interdict. tit.* VII. *num.* 28. et 29. ac IAC. MENOCHIVS, *de retin. possess. rem.* III. *num.* 35. cum aliis.

§. XXII.

Interdictum quod legatorum haud institui potest ab herede contra eum mortis caussa donatarium, qui ab ipso defuncto rem donatam accepit.

1) Semper supponitur in isto interdicto, rem a legatario propria auctoritate occupatam esse, secundum *L.* 1. §. 2. *D. quod leg.* et si adplicare quoque licet ad mortis caussa donatarium, quae in iure cauta sunt de legatariis, haud tamen illum tangere potest interdictum, vbi res ipsi tradita est a defuncto. 2) *L.* 1. §. 5. *D. quod legator.* clare tradit, quod cesset interdictum, si quis ex mortis caussa donatione rem possideat.

Ali-

Aliud ſtatuitur ex eo, quod mortis cauſſa donationes penitus aequiparatae ſint legatis ac potiſſimum remedium hoc introductum in fauorem heredis, ne quarta Falcidia priuaretur atque bonis hereditariis, ad expungenda nomina defuncti neceſſariis; neque minus prouocare ſolent aduerſarii ad *L. 24. pr. D. ad leg. Falcidiam L. 77. §. 2. D. de leg. 2.* ac *L. pen. C. de leg. Falcid.* Inter eos locum tenent HENR. HAHNIVS, ad *Weſenbecium, tit. quod legator. num. 6.* ac SAM. STRYCKIVS *vs. mod. digeſtorum, eod. tit. §. 2.* Sed noſtra ſententia inuenit fautores in IAC. CVIACIO, *libr. x. obſ. cap. 28.* ANTON. PEREZ *ad tit. C. quod legator. quaeſt. 2.* Io. SCHILTER, *ex. XLVII. §. 30.* GEORG. AD. STRVV. *ſyntagm. iur. ciuil. ex. XLV. §. 26.* LVD MENCKE, *gymnaſ. iur. pol. diſp. XXII. theſ. 17. p. 259.* atque auctoribus der *Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien, vol. 1. med. XXVII. p. 164.*

§. XXIII.

Aduerſus patrem iure ciuili reſtitutio in integrum locum non habet.

1) Eiusmodi reſtitutio cogitari non poſſet; niſi laeſionis pater arguerctur; ſed id reuerentiae, patri debitae, repugnaret. 2) Eadem reſtitutio claris verbis denegatur in *L. fin. C. qui et aduerſus quos*; nihilominus aliud ab aduerſariis exiſtimatur, ob id, quod *L. 11. D.* ac *L. 5. C. de dolo malo* neque minus *L. 2. C. ſi adu. rem iud. L. 2. C. ſi adu. donat.* ac *L. 5. §. 7. D. de minor.* traditur. Quum fere omnes iurisconſulti in eo conſentiunt, quod reſtitutio aduerſus patrem locum haud habeat: ſolum moneo, iis quoque acceſſiſſe Io. HENR. BER-

BERGERVS, *diff. de reſtitutione in integrum ab reuerentiam denegata*, Vitembergae cIↃ IↃ cxcv. paullo poſt tamen *animum abduxit*, vt eius verbis vtar, in *reſolution. legum obſtantium*, *libr.* IV. *tit.* IV. p. 110. atque contrariam ſententiam amplexus eſt in *enarrat. leg.* 10. *pand. de iure fiſci et legis* 2. *C. qui et aduerſus quos in integr. reſtitui non poſſ.* Lipſiae cIↃIↃccv. hocque modo ſequutus eſt caſtra GROENEWEGEN, *ad L. vlt. C. qui et aduerſus quod* atque aliarum.

§. XXIV.

Contra debitoris mei debitorem actionem mihi perſonalem haud competere, certum eſt.

1) Conſtat hoc ex natura actionum perſonalium. Inſtituere eas ſolum poſſumus contra illos, qui nobis vel immediate; vel mediate facto obligatorio ſunt obligati; debitor autem debitoris mei mihi neque immediate; neque mediate eſt obligatus. Clare hoc 2) tradunt imperatores DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS, *L.* 15. *C. ſi certam petatur*, cui legi iungere poſſumus L. 44. *D. de condict. indebiti* ac *L.* 13. *C. de O. et A.* Diſſentiunt ob *L.* 18. *D. de pigner. act. L.* 4. *C. quae res*, ac *L.* 7. *C. de hered. vel act.* iuriſconſultorum nonnulli, quos nominauit IAC. BORNIVS, *diſſ. de actione, quae creditori aduerſus debitorem debitoris competit*, *thes.* 6. ſed hic noſtram tuetur ſententiam cum SAM. DE COCCEII *iur. cont. libr.* XLIV. *tit.* VII. *nr.* 7.

§. XXV.

Si quantitas eſt depoſita, ac heredes deponentis eam repetere volunt actione depoſiti, qui-

quilibet eorum partem illius, quae ipſi competit, poſcere poſſunt.

1) Quantitates ipſo iure eſſe diuiſas, quis eſt, qui ignorat? Regula haec ita vniuerſalis eſt, vt nec in depoſito exceptionem patiatur. 2) Clare hoc patet ex *L.* 1. §. 36. *D. depoſiti*; huic vero ſententiae opponitur L. 14. *D. depoſiti.* Diſſentit: Lvd. Mencken, *ad pandectas tit. D. depoſiti*; ſed noſtram fouent opinionem Ivst. Henn. Borhmervs, *doctr. de action. ſect.* 11. *cap.* 8. §. 19. p. 535. acGodof. Lvd. Mencken, *introduct. in doctrinam de actionibus, comm. ſpec. ſect.* II. *cap.* 11. *membr.* IV. §. 20. p. 182. hicque errat, quum Borhmervm inter eius refert aduerſarios.

§. XXVI.

Actio pigneratitia prius, quam a debitore ſolutum eſt debitum, non eſt nata ideoque nec praeſcriptioni eſt ſubiecta.

Non opus nobis eſt probatione huius poſitionis; ſed ablegare poſſumus lectores merito ad ea, quae *ſect.* III. *cap.* IV. *membr*, 1. protulimus. Conſentiunt praeter auctores, ibi iam nominatos Lvd. Mencken, *in gymnaſ. polem. diſp.* V. *theſ.* 19. eiusque nepos, God Lvd. Mencken, *loc. excit.* iis autem aduerſatur Georg. Franzkivs, *ad pand. tit. de pignor. act.* vna cum Vinnio, Styrmio, Cocceiisque.

§. XXVII.

Actio pigneratitia aduerſus tertium inſtitui nequit.

Actio

Actio pigneratitia eſt actio perſonalis, haec autem aduerſus tertium inſtitui nequit quumque ea quoque partim in oppigneratione; partim in ſolutione fundatur atque eius nunquam tertius particeps fieri poteſt, eominus illud in dubium vocari poteſt. Quibus aliud placet, ii prouocant ad *L.* 10. §. 2. *D. de pigneraiit. actione* ac *cap. 6. X. de pignoribus*, quod ſecundum haec effata ſoluto debito tertius quoque rei poſſeſſor eius ad reſtitutionem adigi poteſt. Inter has referre poſſumus Io. BRVNNEMANNVM *ad L.* 11. *D. de pigneratit. act.* AVG. LEYSER, *ſpec.* CLV. *med.* 5. DAV. MEVIVM, *part.* V. *dec.* 345. DAV. GEORG. STRVBEN, in den *rechtlichen Bedenken*, *Theil.* V. *num.* 70. Io. BALTH. WERNHERVM, *tom.* III. *obſeruat.* p. 371. ac Io. LVD. ERN. PVTTMANNVM, *aduerſar. iuris libr.* II. *cap.* 3. ſed iis repugnant Io. SCHILTERVS, *ex.* XXVI. §. 10. IVST. HENNING. BOEHMER, *iur. eccleſiaſtico proteſtantium, tom.* I. *libr.* I. *tit.* II. §. 72. SAM. DE COCCEII. *iur. controuerſo, libr.* XIII. *tit.* VII. *quaeſt.* 14. Io. HENR. BERGER *elect. diſceptat. forenſium part.* II. *ſupplementor.* p. 202. Io. FR. SCHNEIDER, *de incompetentia actionis pigneratitiae aduerſus tertium*, Halae, CIↃIↃCCV. ac Io. NIC. LVTKENS *de act. pigneratitia contra tertium non competente*, Gottingae, CIↃIↃCCLXXVII.

§. XXVIII.

Actione de euictione id tantum poſcere poſſumus pretium, quod tempore euictionis iuſtum eſt, ſi res deterior facta eſt ipſius rei partiali interitu.

Digitized by Google

1) PAVLLVS, *L.* 70. *D. de euict.* ex eo, quod euicta re ex emto competat actio non ſolum ad pretium duntaxat recipiendum; ſed etiam ad id, quod intereſt, ipſe concludit, damnum emtoris itaque eſſe, *ſi res minor eſſe coepit.* Neque minus 2) hoc tradit PAPINIANVS, L. 66. §. *vlt. D. de euict.* actori quanti ſua intereſt, tribuens hocque addens: *ſcilicet vt melioris; aut deterioris agri facti cauſſa finem pretii, quo fuerat tempore diuiſionis aeſtimatus, deminuat; vel excedat;* qui vero aliter ſentiunt, prouocant ad *L.* 13. et 53. *D. de euict.* Ad eos referimus IVST. HENN. BOEHMERVM, *ad pand. tit. de euiction.* ac IAC. FRID. LVDOVICI, *in compend. pand. eod. tit.* §. 8. ſed abiis discedit GOTTF. LVD. MENCKE, *doctrin. de act. comm. ſpec. ſect.* II. *cap.* 2. *membr.* VI. §. II. quocum iungas Io. SAM. FRID. BOEHMERVM, *de computat. pretii in euictionis praeſtatione*, Halae, CIↃIↃCCXLV.

§. XXIX.

Litis denunciationem actio de praeſtatione euictionis haud requirit, ſi ita clarum fuit ius euincentis, vt nullo modo interuerti potuerit.

Demonſtramus hoc 1) ex fine denunciationis. Inſtituitur illa potiſſimum, vt venditor adſiſtat liti atque in re agenda adſit, quemadmodum clare conſtat ex L. 63. §. 1. *D. de euict.* ac *L.* 23. *C. de euict.* eamdemque ob rem merito ceſſare poteſt, vbi in lite, emtori victoriam reportare haud licuerit, licet ipſi venditor praeſto fuerit. 2) Conſtat id ex *L.* 11. §. 12. *D. de actione emti*, quum eius ex ſententia venditor ſerui, qui noxius fuit, vbi manifeſtum ſit, eam noxam feciſſe atque emtor iudicio noxali ſit condemnatus, emtorem praeſtare debet

indemnem, ſiue illum defenderit; ſiue id haud ſit factum. Tandem 3) euidens hoc eſt ex *L.* 33. *D. de euictionibus*, praeſtationem euictionis imperante, licet mentio haud ſit facta denunciationis. Diſſentiunt, quoniam actio de euictione quaſi ſub hac conditione, ſi denunciatio ſit ſubſequuta, detur *L.* 8. 21. ac 24. *D. de euictionibus* ac praeſumendum ſit, emtorem cauſſam perdidiſſe ex ignorantia iuris venditoris, PETR. MVLLERVS, *ad Struu. exercit.* XXVII. *theſ.* 32. HENR. HAHN, *ad Weſenbecium*, *not. ad tit. de euiction. num.* 5. ac VLR. HVBERVS, *praelect. iuris ciuilis*, *part.* III. p. 66.

§. XXX.

In *L.* 2. *C. de reſcind. vendit.* non propria actio ei, qui vltra dimidium laeſus eſt, datur; ſed actione emti; aut venditi vti debet.

1) Dicta lex venditori ipſam actionem haud dat; ſed ſolum emtorem declarat obligatum, ad rem venditori enormiter laeſo reſtituendam; aut addendum, quod deeſt iuſto pretio, ſi vltra dimidium eſt laeſus; quidquid vero praeſtare tenetur emtor, ad id compelliſtur actione venditi. 2) Si venditor emtionem venditionem reſcindere vult, inſtituit actionem venditi. Non ſolum id patet ex eo, quod venditor actione hac vtatur, vbi ex pacto addictionis in diem venditio ſit reſcindenda, L. 16. §. 1. *D. de in diem addict.* verum etiam ei illa actio datur, vbi res ob vitium redhibeatur. Licet tanta inter Proculeianos et Sabinianos fuerint diſſidia; in eo tamen conuenerant, quod eo caſu prodeſſet actio emti venditi et quid mirum itaque, quod idem ſtatutum ſit ſequentibus temporibus, quod diſci-

mus

mus ex *L.* 11. §. 3. *D. de act. emt. vendit.* 3) Non facile quidem datur actio emti venditi ex ſententia *L.* 2. *C. de act. emt.* ad reſcindendam emtionem venditionem; ſed per id nihilominus nobis haud obſcure ſignificatur, nonnunquam inſeruire nobis poſſe actionem ad reſciſionem contractus. 4) Quidquid pugnat in contractu bonae fidei contra aequitatem, illud iudicio, ex ipſo contractu deſcendente, corrigi poteſt, quod partim diſcimus ex *L.* 79. *D. pro ſocio;* partim ex natura actionum bonae fidei. Diſſentiunt ii, qui cum VDALR. ZASIO, *comment. ad digeſt. tit. de reſcindend. vend. num.* 36. SAM. STRYCKIO, *vſ. moderno digeſtor. tit. de reſcind. emt. vendit.* §. 2. HELFR. VLR. HVNNIO, *var. reſol. iur. libr.* III. *tract.* VII. *part.* I *quaeſt.* 16. et aliis vel condictionem ex lege; vel reſtitutionem in integrum; ſiue actionem eſſe putant, qua qui enormiter laeſi ſunt, vti debent. Qnum illi, qui condictionem ex lege obtinere putant, *L. vn. C. de condict. ex lege* nituntur: hi, qui reſtitutionem potius in integrum locum habere putant, quod *L.* 2. *C. de reſc. vend.* tradatur, humanum eſſe, hanc reſciſionem dari: reſtitutio haec iuri aduerſetur communi ac ei quidem, qui vi coactus rem vendidit, actio ad reſcindendam venditionem competat; haud tamen agendum ſit ex vendito; ſed actione metus cauſſa, *L.* 4. *C. de his, quae vi metusue cauſſa.* Sed noſtram probant ſententiam cum multis aliis GEORG. AD. STRVVIVS, *ſynt. iur. ciu. exercit.* XXII. *theſ.* 91. *tom.* I. p. 1621. ac SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XVIII. *tit.* V. *quaeſt.* I.

§. XXXI.

Licet laesio enormis sit, contra tertium tamen

men ex *L.* 2. *C. de reſcindend. vendit.* agi haud potest.

1) Actio, qua, qui enormiter laeſus eſt in emtione venditione, damnum reparare ſtudet, eſt actio emti venditi, actio, quae eſt perſonalis quaeue itaque contra tertium haud procedit. 2) Quodſi vero quoque eſſet condictio ex lege: non minus eſſet actio perſonalis, contra eum ſolum inſtituenda, quem lex nominat; verumenimuero *L.* 2. *C. de reſcind. vendit.* ſolum emtoris facit mentionem, ac tantum ab eo venditori permittit petere rem; ſeu reſiduam pretii partem. 3) Si deneganda eſt venditori rei vindicatio aduerſus tertium, in quem rem transtulit actor, dolo ab eo admiſſo, *L.* 10. *C. de reſcindenda venditione*, multo minus iſta actio aduerſus tertium emtori competit, vbi de eo ſolum quaeritur venditor, quod ipſi pro re pretium, iuſto minus ſit ſolutum. Qui contra tertium illam inſtitui poſſe ſibi perſuadent, partim ad *L.* 13. §. 1. *D. de minoribus;* partim ad *L.* 62. *D. de contrahenda emtione* prouocant cum DIDACO COVARVVIA, *var. reſolut. libr.* 11. *cap.* 3. *num.* 3. IAC. MENOCHIO, *libr.* 1. *conſil.* 63. *num.* 22. MATTH. BERLICHIO, *part.* 1. *deciſ.* 157. ac IO. HENR. BERGER, *oecon. iur. libr.* III. *tit.* V. §. 18. *not.* 8. Sed noſtrae ſententiae fauent ANDR. FACHINAEVS, *controu. iur. libr.* II. *cap.* 18. DAVID. MEVIVS, *part.* I, *dec.* 192. *part.* V. *dec.* 22. IO. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XVIII. *tit.* V. *quaeſt.* 4. GEORG. AD. STRVV, *ex.* XXIII. §. 92. SAM. COCCEII, *libr.* XVIII. *tit.* V. *quaeſt.* 10. ac IVST. HENNING. BOEHMER, *conſult. reſp. tom.* II. *reſp.* 365. *num.* 21. et *reſp.* 364. *num.* 4.

§. XXXIII.

§. XXXII.

Actio venditi, quae contra emtorem ob pactum de retrouendendo ad illud implendum instituitur, intra triginta annos praescribitur, si non inter partes certus ad retrouenditionem definitus est terminus.

Actio, quae ad perficiendam illam retrouenditionem instituitur, est actio venditi; haec autem intra tempus longissimum, vti satis liquet, exspirat, et si quoque vellemus statuere, illam esse singularem actionem, semper concedendum est, eam esse actionem personalem; illo vero quoque inter idem praescribitur tempus. Contrarium ab aduersariis adfirmatur, quod retroemtio sit actus meraе facultatis hicque praescriptioni nullo modo subiectus: actio prius haud sit rata; quam si ab emtore, vt retrouendat, petitur: haud prohibitum sit, plurium annorum spatium emtori ad contrahendam venditionem concedere hacque facta etiam post triginta annos illa actio adhuc institui queat. Quum SAM. STRYCKIVS, *vs. mod. tit. dig. de contrahenda emtione* §. 41. IO. BALTH. WERNHERVS, *part.* I. *obs.* 313. AVG. LEYSERVS, *spec.* LXCI. §. 7. et 8. IO. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVS, *compend. digestor. libr.* XVIII. *tit.* I. §. 20. ac AVG. FRID. SCHOTTVS, de *praescriptione iuris reluendi sub lege retrouenditiones alienata*, §. III. in eius *opusculis*, p. 183. inter aduersarios nominandi sunt: mecum consentiunt GVIL. FERD. BACHOV, L. B. AB ECHT, *diss. de iustitia praescriptionis circa bona sub pacto retrouenditionis alienata*, Ienae, CIↃIↃCCXXX. PETR. DE TOVLLIEV, in *collect. diss.* III. §. 83. IO. AVG. HELLFELD, *iurisprud. for. libr.* XVIII. *tit.* I. §. 998. DAV. SCHLÜTER, *de iure reluitionis ex pacto de*

retrouendendo competente praescriptioni obnoxio, Gottingae. cIↃIↃCCLXXXIII. ac HERMIAN. BECKER, *in den rechtlichen Gedancken über die Stelle in dem Schaumburgischen Compendio iuris digestorum in tit. de contrah. emt. vendit. §.* 20. Gryphiswald. cIↃIↃCCLXXXVII.

§. XXXIII.

Condictio indebiti est actio bonae fidei.

Quaecunque actio ex aequo et bono introducta est, illa actio est actio bonae fidei. Condictio indebiti est introducta ex aequo et bono, quod partim videmus ex origine huius actionis, solum ex aequitate deriuanda; partim ex *L. pen. D. de cond. indebiti* perspicimus, ideoque est actio bonae fidei. Quoniam is, qui non debitam pecuniam soluit, alterius negotium gerit atque in condictione indebiti negotium inter partes contrahitur, secundum *L.* 33. *D. de condict. indebiti*, haud errare se putant aduersarii, vbi ea ex re concludunt, eam vel actionem bonae fidei; vel actionem stricti iuris esse debere. Quum inter illas haud numeratur §. 28. *I. de actionibus*, necesse esse putant, vt sit actio stricti iuris hocque non minus ex eo probant, quod vsurae hoc ex negotio haud praestantur, secundum *L.* 1. *C. de condict. indebiti* eundemque ob caussam dissentit cum aliis SAM. DE COCCEII, *iur. controuers. libr.* XII. *tit.* VI. *quaest.* 2. sed nobiscum conuenit IVST. HENN. BOEHMERVS, *de act. sect.* I. *cap.* III. §. 38. p. 58.

§. XXXIV.

Condictio indebiti institui potest, etsi ei renunciatum fuerit.

Si

Digitized by Googl

Si condictio indebiti locum habet, etſi pactum in pariationibus ſit adſcriptum, *ex hoc contractu nullam inter ſe amplius controuerſiam eſſe*: merito quoque eadem admittitur, licet illi ſit renunciatum; ſed prius liquet ex *L.* 67. §. 3. *D. de condict. indebiti.* 2) Quum profecto haud renunciatum fuiſſet condictioni indebiti, ſi renuncianti notum fuiſſet eo tempore, quo renunciauit, ſolutum fuiſſe indebitum: eodem iure effectus denegari poteſt renunciationi, quo repetitio ipſa indebiti conceditur: nihilotamen minus opponitur huic theſi, quod tradit VLPIANVS, remittentibus ad actiones ſuas non dandum eſſe regreſſum. Noſtram ſententiam probant FRANC. DVARENVS, *ad tit. dig. de condict. indebiti*, *cap. fin.* IO. BRVNNEMANNVS, *ad L. fin. D. de condict. indebiti* ac LVD. MENCKE, *gymnaſio iuris pol. diſp.* XI. §. VI. eam autem reiicit COSTALIVS *ad L. fin. D. de condict. indebiti.*

§. XXXV.

Actio vtilis tutelae est actio illa ſubsidiaria, qua pupilli magiſtratum ob damna, per tutelam ipsis illata conueniunt.

1) Clare traditur in *L.* 9. *in fin. D. de magiſtrat. conueniend.* eamdem in magiſtratum actionem dari, quae competat in tutores. Neque minus 2) MODESTINVS, *L.* 15. §. 9. *D. de excuſation.* magiſtratum ſolummodo obnoxium eſſe ſcribit periculo tutelae. Vocatur 3) actio haec nominatim *actio vtilis*, *L.* 1. et 5. *C. de conuen. magiſtrat.* Quumque tandem 4) contra heredes magiſtratus neque in id ſolum, in quantum ſunt facti locupletiores, actio datur: merito concludimus, illam non fundatam eſſe in delicto; ſed quaſi ex contractu: vbi autem hoc certum eſt, non poſſumus alium quaſi

contractum cogitare, ex quo iſta actio deſcenderet; quam tutelam eandemque ob cauſſam actionem illam quoque eſſe actionem tutelae; huic autem ſententiae ab aduerſariis opponitur, quod ſpecialis tribuatur contra magiſtratum actio *tit. D. ac C. de magiſtrat. conuen. L.* 1. *pr.* et §. 4. *D. de magiſtrat. conuen.* ac §. 2. *de ſatisdat. tut.* Mecum conſentit Ivst. Henn. Boehmervs, *doctrina de actionibus ſect.* II. *cap.* VI. §. 25. p. 464. ſed ab ipſo diſcedunt plerique iurisconſulti, e quibus Wolrg. Adam Lavterbachivs, *colleg. theor. pract. tit. D. de conueniend. magiſtratibus* §. 2. Io. Lvd. Schmidivs, in *dem pract. Lehrbuch von Klagen und Einreden, Th.* II. §. 1127. p. 608. et Chr. Gottl. Hommelivs, *not. ad Menckenii introd. in action. forenſes*, p. 319. quibus iungas Christ. Georg. Gebaver, *diſſ. de act. tutelae, aduerſus magiſtrat.* Lipſ. cIↃIↃCCXXVI.

§. XXXVI.

Actio de recepto aduerſus aurigas locum haud habet.

Edictum de recepto pertinere ſolum ad nautas, omnibus conſtat, vt nulla egeat probatione; aurigas autem cum nautis comparare haud poſſumus, propterea quod ratio, ob quam nautae tenentur, ſolum in eo eſt poſita, quod damnum ſine illorum culpa non facile inferri poſſit rebus, in nauem receptis, eamdemque ob cauſſam in iis ſolum reſtringitur; hoc vero de rebus, ab aurigis receptis adfirmari nequit. Quibus aliud placet, aduerſus aurigas actionem concedunt, quod aurigae etiam res et perſonas recipiunt et publice profitentur cuſtodiam quumque plerique iuris periti edictum, quod actionem

hanc

hanc dedit, ad poſtas adplicant, multo maiori iure eidem ſubiectos eſſe ſtatuunt aurigas. Non minus ideo id ſtatuunt, quod comparandi ſint cum nautis; vel ſtabulariis eamdemque ob cauſſam a BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXVI. *def.* 19. HART. PISTORIS, *libr.* I. *quaeſt.* 38. WOLFG. AD. LAVTERBACHIO, *coll. theor. pract. libr.* IIII. *tit.* IX. §. 34. ac PETR. MVLLERO *ad Struu. ex.* VIII. *theſ.* IIO. *tom.* III. p. 509. CHRIST. PHIL. RICHTER, *part.* III. *deciſ.* 141. *num.* 16. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* IV. *tit.* IX. *quaeſt.* 3. et DAV. GEORG. STRVBEN, in *den rechtlichen Bedenken, tom.* I. p. 174. diſcedunt.

§. XXXVII.

Furtum rei minimae producit actionem furti.

1) Quodcunque eſt furtum, illud contra eos, quibuscum alioquin laeſo litigare licet in iudicio, actionem producit furti; furtum autem rei minimae eſſe furtum, quis eſt, qui negat? Docent id §. 16. *I. de R. D. L.* 21. §. 5. *D. de furtis.* Quaecunque 2) actiones ſunt ordinariae, illae inſtitui poſſunt, licet parui momenti res ſit, quam in iis petimus, vti id conſtat de anſa ſcyphi in *L.* 7. §. 2. *D. ad exhibendum*: de ſtercore, in *L.* 5. §. 3. *D. ad exhibend.* de lana caprina in *L.* 70. §. 9. *D. de legat.* 3. actio autem furti eſt actio ordinaria. A condictione furtiua 3) merito argumentari poſſumus ad actionem furti; illa autem conceditur, tam ob cornua bouis, quae furto ſunt ablata, *L.* 14. §. 2. *D. de cond. furtiua*; quam ob vuas ſurreptas teſte §. 3. *leg. citat.* Tandem 4) rem euidenter docet *L.* 8. §. 1. *D. fam. erciſcund.* quae furti actionem ob colum-

bas ablatas concedit. Diſſentit, propterea quod in iure noſtro haud ob quaeuis furtorum genera actio datur furti: illa famoſam efficit condemnationem atque arbitrium iudicis potisſimum quoque in furtis admittatur secundum *L.* 56. §. 1. *D. de furtis* hocque a iurisconſultis adhibitum eſt, *L.* 1. *D. rer. amotar.* ac *L.* 52. §. 5. *D. de furt.* cum aliis Corn. van Bynckershoeck, *libr.* 1. *obſ. iur. Rom. cap.* 3. *tom.* 1. *oper.* p. 22. ſed aliud ſtatuunt Io. Iac. Wissenbach, *ex. ad pand. part.* II. *ex. diſp.* XXIX. *theſ.* 15. ac Petr. Mvller, *ad Strvv. ex.* XLVIII. *theſ.* 17. *tom.* III. p. 764.

§. XXXVIII.

Actio in factum contra iudicem, qui litem ſuam facit instituí quoque potest eius ob culpam leuem; vel leuissimam.

Si iudex litem ſuam facit, aut doloſe agit; aut culpam committit. Priori in caſu verum committit delictum ſecundum *Leg. vlt. C. de poena iudicis, qui male iudicauit* ac *Nouell.* 124. *cap.* 1. vbi vero poſterius euenit: merito inter latam culpam ac reliquas culpae ſpecies diſtinguere debemus. Quum lata culpa, vti ſatis conſtat, cum dolo aequiparatur: immo id ſpeciatim Vlpianvs *L.* 15. §. 1. *D. de iudiciis* de iudice tradit, quum dolo malo facere tradit iudicem, *ſi euidens eius arguatur vel gratia; vel inimicitia; vel ſordes*, merito quoque iudex, hanc ſi culpam committit veri delicti eſt reus; quid vero quaeſo ex eo argumentamur? Nihil aliud; quam quod haud prius quaſi eius obtinet delictum, ſi culpam committit leuem; vel leuiſſimam quumque actio in factum contra iudicem quoque locum habet, ſi ſolum adeſt quaſi delictum, haud ea ſemper niti

niti debet culpa lata iudicis; ſed adlegare quoque poteſt actor ſolum ad fundandam actionem culpam iudicis leuem; vel leuiſſimam. Contrarium qui ſtatuunt, prouocare ſolent ad *L.* 15. §. 1. *D. de iudiciis* ac *L. vlt. C. de poenis iudicis, qui male iudicauit*, quumque eorum in cenſum ſcribere debemus IOACH. HOPPIVM ad *pr. I. de oblig. quae quaſi ex del.* ac AVG. LEYSERVM, *ſpec.* DCLXXX. *med.* ego caſtra ſequor aliorum, in quibus Io. HENR. BERGERVM, *oecon. iur. libr.* III. *tit.* XII. §. 2. *not.* 1. FRID. ES. PVFENDORFIVM, *de culpa, part.* VII. *cap.* 2. §. 6. ac ADOLPH. DIETER. WEBERVM, *in der ſyſtematiſchen Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. Abtheil.* I. p. 30. ſq. eminere ſcimus.

§. XXXIX.

Non neceſſe est, vt adhuc in bona fide sit, qui actionem instituit eo tempore, quo illa instituitur.

Leges nihil aliud de actore requirunt; quam quod in bona fide eo momento fuerit, quo poſſeſſionem rei ſit adeptus, ſecundum *L.* 7. §. 11. et 14. *L.* 17. ac 7. §. 6. *D. de publiciana in rem act.* verumenimuero ex eo haud ſequitur, debere quoque eſſe iſtam bonam fidem continuam. Qui, hanc adeſſe debere, perſuaſum habent, partim ad quaedam iuris ciuilis loca, *L.* 7. §. 17. ac *L.* 11. §. 3. *D. de publiciana in rem actione;* partim ad *cap. fin. X. de praeſcript.* prouocant, nimirum SAM. COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* VI. *tit.* 11. *quaeſt.* 4. REINH. BACHOVIVS, *ad Treutler. vol.* I. *diſſ.* XV. *theſ.* 13. *litt. C.* ac HENR. HAHNIVS, ad *Weſenbecium, libr.* VI. *tit.* II. *num.* 4. Sed noſtra ſen-

ſententia nititur auctoritate GEORG. AD. STRVVII, *ex.* XI. §. 42. SAM. STRYCKII, *vſ. mod. libr.* VI. *tit.* II. §. 4. aliorumque.

CAPVT SECVNDVM
DE
MODO PROCEDENDI ORDINARIO.

---

§. I.

Ex ſententia iuris ciuilis prorogatio iurisdictionis ſola partium conuentione ea ratione fieri potest, vt competentia ex ea oriatur fori.

1) Conſtat id ex iis verbis legis Iuliae, in quibus fundamentum verum prorogationis deprehendimus, quum illa ſolum, vt inter priuatos id conuenerit, ſupponit. 2) Quaerit iurisconſultus, vtrum ſufficiat inter priuatos conuenire; an vero praetoris neceſſarius conſenſus ſit; quaeſtionem autem ita decidit, vt ſtatuat, ſufficere priuatorum conſenſum praetorisque eſſe iurisdictionem, licet praetor ignoret huius in ipſum factam prorogationem, *L.* 2. §. 1. *D. iudiciis.* 3) Requirit ſolum *L.* 1. *D. de iudiciis* conſenſum partium ad proroga-

Digitized by Google

gationem atque inter consentientes cuiusuis iudicis, qui tribunali praeest; vel aliam iurisdictionem habet, esse iurisdictionem, tradit. Vbi 4) renunciatio fori specialis est facta, ibi adest prorogatio iurisdictionis, teste VLPIANO *L.* 1. *D. si quis in ius vocatus* ac *L.* 7. *pr. D. qui satisdare cogantur.* Decidit 5) eandem quaestionem IVSTINIANVS, *L.* 29. *C. de pactis.* Loquitur quidem solum de casu, quo quis foro, vti dicunt, priuilegiato renunciauerit, atque eiusmodi renunciationem seruare iubet; tantum tamen abest, vt aliud de aliis prorogationis speciebus statuat; vt idem potius de iis obtinere haud obscure indicet, quum rationem legis in eo ponit, quod nemini liceat aduersus pacta sua venire et contrahentes decipere. Tandem 6) idem perspicimus ex virtute conuentionibus in legibus tributa. Si quis cum altero de prorogandi iurisdictione conuenit, aut eiusmodi conuentio stipulatio est; aut pactum nudum. Si stipulatio est inita, sine dubio obligat, contrahentes; pactum vero nudum exceptionem producere, quis est, qui negat? Nonne itaque is, qui penes iudicem prorogatum agit, actionique exceptionem fori oppositam videt, replicando ad pactum illud prouocare potest, quum regulam habemus, actorem replicando fieri reum? Quoniam AFRICANVS praeter conuentionem partium claris requirit verbis ratihabitionem praetoris, *L.* 18. *D. de iurisdict.* hancque ob causam IVSTINIANVS quaestionem in medium profert, quam decidit *L. penult. C. de pactis*, aliud statuunt IANVS A COSTA, *summar. decretal. de foro competente*, p. 360. et Io. AVG. BACHIVS, *diss. de prorogat. iurisdictionis*, Lipsi. CIↃIↃCCLVI. §. v. sed nobiscum statuunt: GERH. NOODTIVS, *de iurisdict. libr.* II. *cap.* 12. et Io. CORASIVS, *miscell.* IV. *cap.* 6.

§. II.

§. II.

Membra academiae foro suo in totum renunciare nequeunt.

Concludimus hoc partim ex eo, quod de iurisdictione ecclesiastica legibus est cautum; partim ex natura iurisdictionis propriae, quum foro ecclesiastico renunciari nequeat ex decreto Innocentii III. *cap.* 12. X. *de foro competente:* idem statuitur de iurisdictione propria, obseruantibus ANDR. GAILIO *libr.* 1. *obseru. cap.* 40. ARN. VINNIO, *de iurisdict. cap* 10. §. 3. IO. BALTH. WERNHERO, *part.* 1. *obseru.* 379. *tom.* 1. p. 340. atque aliis, ac iurisdictio academica cum ecclesiastica pariter ac propria est comparanda. Ceterum sunt, quibus aliud quoque placuit; ii vero ad corroborandam sententiam suam animaduertunt, studiosis in *authentica Habita C. ne filius pro patre* priuilegium saltim tribui, quod nemini obtrudatur eorumque potius committi arbitrio, vtrum coram magistratu velint conueniri; an potius coram rectore suo. Lis, quae potissimum inter Belgas quondam iurisconsultos, HVBERVM atque ECKIVM hac de quaestione est orta, omnino notatu est digna atque admodum celebris. Ipsam eius occasionem iam non recensemus; sed lectores ad ea, quae HENR. BALEMANNVS, *diss. de iurisdictione academica, non proroganda*, Giess. cIↃIↃCCLV. §. XXVI. CHR. THOMASIVS, *in denen lustigen und ernsthaften Monathsgesprächen, part.* 1. p. 874. sqq. et DAN. NETTELBLADT, *in den Hallischen Beyträgen zur gelehrten Historie, part.* 1. p. 359. sqq. proferunt, ablegamus ac solam scripta, quae ex vtraque parte sunt vulgata, memoramus. Quum HVBERVS nomine *Iacobi Dirick* scriptum

ptum in lucem emiſiſſet *pro ſe ſuoque corollario purgando ab imputatione malitiae modeſta comparatio* ann. CIↃIↃCLXXXVI. eodem anno CORN. VAN ECK ei reſpondit atque edidit: *Cornelii van Lith de Ieude modeſtam animaduerſionem in Vlrici Huberi de priuilegio fori ſtudioſorum ſententiam et Iacobi Diricks modeſtam militum, ſtudioſorum et ciuium comparationem, qua dictae comparationis argumenta ex diſputatione viri ampliſſimi de foro competente ante paucos dies habita refelluntur.* Commouit id HVBERVM noſtrum, vt *orationem ad authenticam habita C. ne filius pro patre* iuris publici faceret; ſed CORN. VAN ECK paullo poſt iterum prodiit, et HVBERI argumenta refutauit *vindiciis iuris academici, decreto et auctoritate ſenatus academiae Franequeranae ſcriptis et vulgatis, contra viri ampl. D. Vlrici Huberi enarrationem auth. habita C. ne filius pro patre.* HVBERVS argumenta ſua de nouo protulit in ſcripto: *P. I. ICti ad virum ampl. Vlr. Hubertum epiſtola de lite corollarii, quam mouit V. Cl. Cornelius van Eck cum reſponſione Vl. Huberi ad illam* ac poſtea finem huic liti fecit ECKIVS commentatione ſic inſcripta; *pro ſenatu, ſe ac ſuis iuris academici vindiciis ſtrictura breuis ad epiſtolam et reſponſionem.* Ceterum ECKII in ſententiam quoque diſceſſerunt: AVG. LEYSERVS, *ſpec.* LXXVII. *med.* 3. ſqq. IVST. HENNING. BOEHMERVS, *introduct. in ius dig. libr.* V. *tit.* I. *de iudiciis* §. 35. p. 199. ac HENRIC. BALEMANNVS, *loc. citat.*

§. III.

Forum reconuentionis etiam intuitu eorum, qui in academiis litteris operam nauant, locum habet.

Con-

Concludimus illud ex eo, quod in causis reconuentionis actor conuentionis forum rei regulariter agnoſcere debeat; neque ex *authentica Habita C. ne filius pro patre* vel aliis legibus pateat, falli hanc regulam intuitu ſtudioſorum. Gieſſenſis academia in litteris, a MICH. BERNH VALENTINI, *in priuilegiis ſtudioſorum Gieſſenſium*, p. 36. editis, contrariam defendit ſententiam, quod *authent. habita C. ne filius pro patre* generatim prohibeat; quo minus ſtudioſi ad alium iudicem trahantur: 2) ſtudioſus iurisdictionem alterius iudicis in praeiudicium ordinis et academiae neque tacite; neque expreſſe prorogare queat: 3) cauſſae academicae et ſtudioſorum ſint eccleſiaſticae ac priuilegium, quo illi hoc nomine fruantur, magis ſit cauſſae; quam perſonae; ſed aliud placet Io. BRVNNEMANNO, *in proceſſu ciuil. cap.* 10. *num.* 4. atque AVG. LEYSERO, *ſpec.* CXXIII. *med.* VII.

§. IV.

Si conductor iurisdictioni locatoris expreſſe ſeſe haud ſubiecit: eius foro quoque, tamquam foro generali, haud ſubest.

Non negamus, conductorem in iudicio locatoris forum ſortiri poſſe ſpeciale, v. c. forum delicti; vel contractus; forum autem generale illius per locationem in ſe ſpectatam, in iudicio locatoris conſtitui non concedimus; propterea quod neque origo conductoris, neque conſtitutio domicilii adeſt, quae illud forum producere poſſet; qui autem aliud ſtatuunt, conductorem locatoris foro ſubiiciunt, quod ſit incola eumque domicilium habere putant in praedio, quod conduxit. Noſtrae ſententiae fautores exiſtunt BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud. forenſ. part.* III, *conſt.* XII. *def.* 18. Io. BRVN-

BRVNNEMANNVS, *ad L.* 1. *D. ad municipal.* Io. HENR. BERGER, *oeconom iuris.* p. 690. atque inprimis IVST. HENN. BOEHMER, *diſſ de iure primi fori in conductorem*, §. XVIII. ſqq. *exercit. ad pandect. tom.* III. p. 687. ſed contraria placet DAVID. MEVIO, *part.* IIII. *deciſ.* 246. *et* AVG. LEYSERO, *ſpec.* CCXVI. *med.* 4.

§. V.

Heres in foro defuncti conueniri potest, donec hereditas est translata; vel diuiſa.

Concludimus illud partim ex *L.* 19. *D. de iudiciis;* partim ex eo, quod qui hereditatem adeat, eo loco, quo id eſt factum, quaſi contractum celebrat ſque reuera fundamentum omnium actionum perſonalium exiſtit; quae contra heredem inſtituuntur; ex contractu autem in foro contractus, quamdiu contrahentis adſunt bona, actio valide poteſt inſtitui. In plures claſſes diuidere debemus iurisconſultos, qui quaeſtionem hanc; diuerſa tamen ratione decidere. Sunt 1) quĩ, quoniam domicilii conſtitutio aeque ac eius continuatio a voluntate hominum dependeat, morte euaneſcant, ideoque nec in heredem forum heredis tranſeat, generatim negant, heredem conueniri poſſe in foro defuncti; niſi lis iam ab ipſo defuncto ſit coepta, videlicet GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuil. ex.* IX *theſ.* 36. PETR. MVLLERVS, *ad Strum. loc. cit.* NIC. CHR. LYNCKERVS, *orat. ad Strum.* p. 97. Io. BALTH WERNHER, *obſ. for. tom.* I. *part.* I. *obſ.* CCCV. atque inprimis Io. CHRIST. KOCHIVS, *diſſ. de foro heredis,* CIↃIↃCCLXV. Alii 2) generatim heredem forum defuncti agnoſcere debere, ſine vlla diſtinctione adſirmant, quod ſecundum *L.* 19. *pr. D. de iudiciis* conueniendus,

ſi ibi inueniatur, nulloque ſuo priuilegio proprio excludatur; is, qui in ius; vel dominium alterius ſuccedit, iure eius vti debet, ſecundum *L.* 177. *pr. D. de R. I.* atque obſeruante PAVLLO, *L.* 2. *§.* 2. *D. de V. O.* ex perſona heredum conditio obligationis non immutatur ac ob *L.* 2. C. *de iurisdictione*, nimirum WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *coll. theor. pract. libr.* V. *tit.* I. *§.* 57. GE. FRANZKIVS, *comm. in dig. libr.* V. *tit.* I. *num.* 9. ſqq. HVGO DONELLVS, *comm. iuris ciuil. libr.* XVII. *cap.* II. HENR. HAHNIVS, *ad Weſenbec. libr.* V. *tit.* I. *nr.* 16. Alii 3) diſtinctione vtuntur, ita, vt nonnulli eam adhibeant, quae nobis quoque placuit, nimirum SAM. STRYCKIVS, *not. ad Lauterbachium*, p 196 IO. GOTTFR. SCHAVMBVRGIVS, *in comp. iuris dig. libr.* V. *tit.* I. §. 27. et IO. AVG. HELLFELD *in iurispr for. libr.* V. *tit.* I. §. 514. alii autem alias fouent diſtinctiones, nempe IO. BRVNNEMANNVS, *comm. ad pand. L.* 19. *D. de iudiciis, num.* 4. IO. HENR. BERGER, *ſuppl. ad elect. diſcept. for. part.* I. p. 19. et *oecon. iuris libr.* IIII. *tit.* IIII. §. 5. a quibus omnibus diſſidet GERH. NOODTIVS, *comm. ad dig. libr.* V. *tit.* I. *tom.* I. *operum*, p. 153.

§. VI.

Sola actio realis nunquam liberat a cautione pro expenſis et reconuentione actorem.

A ſatisdatione liberi ſolum ſunt poſſeſſores rerum immobilium; ſed is, qui actionem tantum habet realem, pro poſſeſſore non eſt reputandus. Docet id *L.* 15. *D. qui ſatisdare coguntur*; neque minus id conſtat ex *L.* 15 *D. de R. I. L.* 143. *D. de V. S.* ac *L.* 57. *D. de A. R. D.* quum omnes hae leges ſaltim adfirmare ſoleant, quod tantum is, qui ad rem recuperandam actio-

Digitized by Google

actionem habet, rem habere videatur. Aliud eſt habere; aliud habere videri; quibus vero aliud placet, prouocant partim ad id, quod neceſsitas ſatisdandi ius ſit odioſum: immunitas ſatisdationum latiſſime ſit interpretanda, ab illis liber ſit poſſeſſor rei immobilis atque actio realis, ſi res immobilis eius ſit obiectum, pro re immobili habeatur; partim ad *L.* 15. §. 4. *D. qui ſatisdare cogantur* et *L.* 15. *D. de reg. iur.* Haec eſt ſententia Io. SCHILTERI, *ex. ad dig.* VII. §. 23. ac FRANC. CAR. CONRADI, *de actione, qui fundi petitionem habet, ſatisdare cogendo*, Erfordii, cIↃIↃccxxv. qui diſcedit a BENED. CARPZOVIO, *part.* I. *conſt.* V. *def.* 15. Io. HENR. BERGER, *oecon. iur. libr.* IIII. *tit.* XIX. *theſ.* 2. AVG. BERLICHIO, *part.* I. *concluſ.* XX. *nr.* 39. atque aliis: inprimis autem a CHRIST. LVDOV. CRELLIO, *diſſertatione, de actione reali, qua res immobilis petitur, ad ſubterfugiendum onus ſatisdationis actori profutura*, Lipſ. cIↃIↃccxxv. atque AVG. LEYSERO, *ſpec.* XXXIV. *med.* 3. ipſi tamen in actionibus, quae quemdam liberant a cautione, haud conueniunt.

§. VII.

Licet ad cautionem iuratoriam praestandam actor iam in ſententiam sit condemnatus haecque vires rei iudicatae sit nacta, reus tamen eam admittere inuitus non debet, si monstrare potest, illum adhuc cautionem istam praestare poſſe pignoribus; vel fideiuſſoribus.

Quum cautio iuratoria ſemper, vti conſtat, eſt ſubſidiaria ac tum demum praeſtanda, vbi deficiunt pignora; vel fideiuſſores, ſententia ſemper talis conditionem tacitam complectitur, ſi haud aliter eam praeſtare

ſtare poteſt. Non prius admittitur actor ad illam; quam ſi hoc ſimul iurato adfirmauerit. Nonne vero audiendus eſt reus, vbi contrarium demonſtrare hocque modo periurium ab actore auertere velit? Nihilo minus illud ab aduerſariis negatur, quod res iudicata pro veritate habeatur ac actori ius per eam quaeſitum haud poteſt auferri: pignoratitia cautio aeque ac ea, quae fit per fideiuſſores ſemel ſit excluſa atque ita ſentit BENED. CARPZOVIVS, *libr.* II. *reſp.* 80. *num.* 5. ab eodem autem diſcedit Io. SCHILTERVS, *ex.* VII. *theſ.* XXV.

§. VIII.

Sola litis conteſtatio bonam fidem non tollit hancque ob rem reus ad reſtituendos fructus, a tempore litis conteſtatae perceptos, non ſemper eſt condemnandus.

1) Quum omnibus iis, qui ignorant, rem, quam poſſident, eſſe alienam, bonam tribuimus fidem, neque eam iis, qui litem conteſtati ſunt, omni diſcrimine remoto, denegare poſſumus. 2) Idem teſtatur L. 40. *D. hered. petit.* et *L. 2. C. de fruct. et litium expenſis*, vt ſcite eam explicat AVG. LEYSERVS, *ſpec.* LXXXIII. *med.* 1. Aliud plerique ſtatuunt doctores, quod reus a tempore litis conteſtatae in mora eſſe incipiat, horumque caſtra quoque ſecutus eſt CHRIST. CHRISTIAN. HASSE, *de litis conteſtatione, an et quatenus bonae fidei poſſeſſor per eam in mala fide conſtituatur*, Gottingae, CIↃIↃCCLXXX.

§. IX.

§. IX.

Si quoque exceptio praeſcriptionis a reo haud obiecta eſt; a iudice tamen actio reiicienda eſt, vbi ei praeſcriptio obſtat.

Iudicem eum, qui agit, a limine iudicii arcere poſſe, ſi clarum eſt, eum plane non ius habere agendi, extra omnem dubitationem eſt poſitum; is vero non plane habet actionem, ſi eius actio eſt praeſcripta, vti patet ex *L.* 3. *C. de praeſcript.* 30. *vel* 40. *annorum.* Clare quoque 2) cautum eſt, *L. vn. C. vt quae deſ. aduoc. part. iudic. ſuppl.* iudicem ſupplere poſſe, ſi quid a litigatoribus; vel ab his, quae negotiis adſiſtant, minus fuerit dictum; nonne vero hoc poſito ſupplere poteſt exceptionem praeſcriptionis? Aliud ſtatuitur partim ob regulam, quod, ſi actio ope exceptionis tollitur, ea ſit praeferenda; partim ideo, quod hoc modo reus priuetur facultate ea praeferendi, quibus ipſe hanc exceptionem remouere queat hancque ob cauſſam quidem Bened. Carpzov, *part.* I. *conſt.* 25. *def.* 1. Dav. Mevivs, *part.* VII. *deciſ.* 182. Io. Balth. Wernher, *tom.* I. *part.* I. *obs.* 294. Dav. Georg. Struben in den *rechtlichen Bedenken*, *Theil.* 4. *Bed.* 73. p. 183. Iust. Henn. Boehmer, *de iudice procedente ex officio in cauſſa ciuil. cap.* IIII. §. 12. atque auctores der *Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, *vol.* IV. *med.* CCLVIII. idem tradunt, quod ego ſupra ſtatui; ſed ab iis alieni ſunt Car. Ferd. Hommelivs *rhapſod. obſ.* 277. et Ad. Dondorfivs in der *Sammlung auserles. iuriſt. Abhandlungen*, *nr.* 4.

§. X.

Si quis remedium contra ſententiam, qua ipſi probatio eſt impoſita, interponit hocque etiam proſequi negligit, iure ciuili terminus probatorius haud eo momento, quo, remedium illud deſertum eſſe, ſententia declaratur haecque vires rei iudicatae nanciſcitur; ſed potius ab eo, quo prior ſententia in rem iudicatam tranſiſſet, ſi nullum remedium fuerit interpoſitum, currere incipit.

1) Si ſententia eiusmodi, deſerto remedio, quod contra illam eſt interpoſitum, contra eiusmodi litigatorem omnino valet et ad effectum perducitur, tamquam ſi ab initio minime fuerit prouocatum, etiam terminus probationis ab eo momento currere debet, a quo initium curſus illius computandum fuiſſet, ſi haud eſſet interpoſitum remedium; ſed prius conſtat ex *L.* 5. §. 5. *C. de tempor. et reparat. adpellationum.* Non tam clare quidem 2) hoc adparet ex *L.* 18. *C. de adpellat.* nihilo tamen minus vel minimum ex ea colligendum eſt, haud opus eſſe ſententia, qua remedium deſertum declaretur; ſed ipſo iure ſententiam, deſerto remedio, vires producere. Tutulentius illud adparet ex *L.* 6. §. 1. *D. de his, qui notantur infamia*, ſecundum quam is, qui furti; vel aliis famoſis actionibus quis condemnatus prouocauit, pendente indicio nondum inter famoſos habetur; ſi autem omnia tempora prouocationis lapſa ſunt, *retro infamis* eſt. Contrarium propter probationum fauorem L. 2. ſqq. *D. de interr.* ac *L.* 27. *D. de teſtibus* atque officium iudicis, veritatem ad lucem producendi, adfirmat BENED. CARPZOVIVS, *iurisprud.*

prud. for. part. I. *conſt.* XVI. *def.* IX. Q. SEPT. FLOR. RIVINVS, *enunc. iuris. tit.* XIX. *enunc.* II. ac CASP. HENR. HORNIVS. *claſſ.* XI. *reſp.* 54. adfirmant; ſed haec haud a ſententia auocare potuerunt, quae mihi placuit, ANT. FABRVM, *cod. Sabaud. libr.* VII. *tit.* 27. *num.* 39. MATTH. BERLICH, *part.* I. *concluſ.* 38. *num.* 76. ac LVD. MENCKE, *tract. ſynopt. proceſſus iuris communis, tit.* XX. *theſ.* 5.

§. XI.

Qui ſolum in proceſſu negat, ab onere probationis in proceſſu liber eſt, ſiue ſit actor; ſiue ſit reus.

1) Adfirmanti incumbere probationem, regula forenſis eſt ſatis nota; is autem, qui ſolum negat, pro adfirmante haud eſt habendus. 2) DIOCLETIANVS ac MAXIMIANVS *L.* 23. *C. de probat.* clare ſtatuerunt, per rerum naturam factum negantis nullam eſſe probationem; qui vero omnino quoque negantem obligatum eſſe putant ad probationem propoſitionis, quam profert, negatiuae, partim ad regulam prouocaret, quod reus ſemper abſoluendus, ſi actor non probet atque actor quoque cogitandus ſit, qui ſeſe ſolum in negatiua fundat propoſitione; partim ad praeſumtiones reſpiciunt, quae ab onere probandi liberant et quamdiu contrarium probatum non fuerit, locum habere ſolent, ſiue hoc in propoſitione negatiua, ſiue in adfirmatiua conſiſtat. Mecum conuenit AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CLV. *med.* 1. ſed ei repugnant TOB. IAC. REINHARDVS, *ad Chriſtinaeum, vol.* III *obſ.* 3. LEONH. HENR. LVD. GEORG. DE CANNEGIESSER *coll. deciſ. ſupremi tribunalis, tom.* II.

decis. 255. ac Io. Ern. Iust. Mvllervs, *obſ. pract. ad Leyſer. vol.* III. *faſc.* I. p. 59.

§. XII.

Ex ſententia iuris Romani pubertati proximus haud eſt teſtis inhabilis.

1) Si impubes doli eſt capax, neceſſe eſt, vt ſciat, quid agat et ad dicendum teſtimonium habilis exiſtat; prius autem conſtat ex *L.* 23. *D. de furtis* ac *L.* 111. *D. de R. I.* 2) Arcent leges impuberes ſaltem a teſtimonio ferendo in cauſſis publicis *L.* 3. §. 5. *de teſtibus*, ideoque eos tacite aliis in negotiis admittunt. 3) Comparat cum impuberibus Vlpianvs, *L.* 19. §. 1. *D. de teſtibus*. publicanos, abſentes eosue, qui exercitui quidquam praebendum conduxerunt, quumque de omnibus his conſtat, eos qui eum poſſe teſtari; minime autem ad id elle cogendos, idem ſtatuere nos oportet de impuberibus. Quoniam pubertati proximi a ferendo teſtimonio haud clare excluduntur iure Romano: ibi potius impuberes a teſtimonio arcentur, *L.* 3. §. 5. ac *L.* 18. §. 1. *D. de teſtibus*: immo pubertati proximus iniuriae capax declaratur *L.* 11. *D. de R. I.* Aliud ſentiunt: Matth. Wesenbecivs, *ad tit. de teſtibus*, §. III. Ben. Carpzovivs, *iurisprud. forenſi part.* I. *conſt. def.* 55. et Car. Ferd. Hommelivs, *diſſ. de habilitate teſtium in cauſſa ciuili*, p. 6. ſed noſtra ſententia nititur auctoritate Sam. de Cocceii, *iur. controu. libr.* XXII. *tit.* V. *quaeſt.* II. p. 112.

§. XIII.

§. XIII.

Qui infamia iuris laborat, idoneus teſtis eſſe nequit.

CALLISTRATVS, *L.* 3. *pr. D. de teſtibus* clare requirit, vt quis ſit honeſtae et inculpatae vitae: haud notatus; vel reprehenſibilis, qui teſtis eſſe velit. Iſtud de eo, qui infamia laborat, adfirmari nequit; quibusdam vero interiectis, §. 5. eiusdem legis euidenter dicit, teſtes non admittendos eſſe propter notam ac infamiam vitae. Eadem ratione requirit PAPINIANVS, *L.* 13. *D. de teſtibus*, vt integrae frontis ſit homo, qui teſtari velit. Aliud ob *L.* 3. §. 5. *L.* 15. ac *L.* 21. *D. de teſtibus*; neque minus ob regulam, quae *L.* 1. §. 1. *D. eiusd. tit.* exhibetur, ſtatuit SAM. STRYCKIVS, *vſ. mod. digeſtorum, libr.* XXII. *tit.* V. §. 2. IO. BRVNNEMANN, *ad L.* 13. §. 2. *D. de teſtibus*, WOLFG AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. tit. de teſtibus* §. XVIII. GEORG. FRANTZKIVS, *ad tit. ff. de his qui not. infamia num.* 24. et REINH. BACHOVIVS *ad Treutler. vol.* II. *diſſ.* V. *theſ.* 8. Nobiscum conſentiunt HOMMELIVS *loc. citat.* ac PET. MVLLERVS, *ad Struu. ex.* 28. *theſ.* 38. *tom.* II. p. 252.

§. XIV.

Prodigus teſtis eſt idoneus, vbi ad veritatem dicendam producitur.

1) Quibus facultas, teſtimonium dicendi clare haud eſt ademta, ii pro teſtibus idoneis ſunt reputandi. Iam legem haud habemus, hac in re prodigis aduerſantem eamdemque ob rem nec ab idoneorum teſtium cenſu

eos excludimus. 2) Vbi prodigus circa bona haud verſatur, ibi cum furioſo comparari nequit; ſed iura eorum, qui integrae ſunt mentis, habet. In dicenda veritate nihil diſſipat ideoque etiam ad eam habilis eſt. Ob §. 6. *I. de teſtam. ordinand.* SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo, libr.* XXII. *tit.* V. *quaeſt.* 4. p. 113. GEORG. AD. STRVVIO, *ſynt. iuris ciuilis, exerc.* XXVIII. *theſ.* 58. p. 249. ac IO. ERN. IVST. MVLLERO *obſ. pract. ad Leyſerum, vol.* III. *faſc.* I. p. 188. aliud placet; ſed nobiscum conſentiunt WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *loc. mem.* ac LEYSERVS, *ſpec.* 285. *num.* 4.

§. XV.

Aduocatus in lite clientis, ſiue illam adhuc gerat; ſiue munus ſuum depoſuerit, teſtis eſſe nequit.

Propoſitio haec duobus membris conſtat, quae inter ſe probe ſunt diſtinguenda. Alterum, quo aduocatum in lite, quam adhuc gerit, teſtem eſſe poſſe, negauimus, ita in promptu eſt, vt nulla egeat diſputatione; eadem autem ratione veritas alterius, quo inhabilem quoque eum eſſe ſtatuimus, qui cauſſam producentis antea iſta in lite egit, probari poteſt. Eius enim 1) ſemper intereſt, vt producens eiusmodi in lite vincat; ille autem teſtis eſt inhabilis, cui victoria producentis eſt vtilis. Cautum eſt 2) praeterea claris legum verbis, ne patroni in cauſſa, cui patrocinium praeſtiterunt, teſtimonium dicant. Quoniam finita lite, finitur quoque aduocati officium, Ios. MASCARDVS, *de probat. libr.* I. *concluſ.* 66. *num.* 9. MATTH. COLERVS, *part.* II. *deciſ.* CXI. *num.* 1. et BEN. CARPZOVIVS, *libr.* III. *reſponſ.*

tur.

iur. tit. IX. *reſponſ.* 92. p. 680. aliud ſtatuunt; ſed nobiscum conuenit STRVVIVS *ex.* XXVIII. *theſ.* 40. *tom.* II. p. 265.

§. XVI.

Ex ſententia iuris ciuilis litigans ſtatim delatione iurisiurandi vti poteſt; neque tum demum ad illam confugere debet, ſi aliae probationes deficiant.

1) Sine vlla reſtrictione praetor ſecundum *L.* 34. §. 6. *D. de iureiurando* edixit: *eum a quo iusiurandum petetur, ſoluere; aut iurare cogam*, quumque verba haec VLPIANVS, lege memorata curate ac ſolide illuſtrare ſtudet, ei haud in mentem venit, ſtatuere, quod delatio prius haud obtineat, quam ſi deferens dictis ſuis aliter fidem facere nequeat. 2) Nec facultatem iusiurandum deferendi, hiſce limitibus circumſcribunt DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS, qui, qua ratione edictum hoc intelligendum ſit, definiunt *L.* 9. *C. de rebus creditis.* Non minus idem 3) probat PAVLLVS, *L.* 25. §. 3. *D. de probat.* ac tandem 4) IVSTINIANVS L. 12. *C. de rebus creditis*, iurisiurandi delationem inter media ordinaria probandi refert. Non eſt negandum, aduerſarios quoque quaedam iuris loca proferre, ad quae prouocant, nimirum *L.* 35. *pr. D. de iureiurando* *) ac L.

*) Quum PAVLLVS lege modo memorata de tutore loquatur, qui iurisiurandi delatione vti velit, ſatis concinne legem hanc cum aliis conciliare ſtuduerunt IAC. CVIACIVS, *libr.* XXII. *obſ. cap.* 28. GVIL. BARCLAIVS, *ad tit. dig. de iureiurando, leg.* 3. *tom.* III. *theſauri iuris Romani* EVERARD. OTTONIS, p. 926. DESIDER. HERALDVS, *de ver. indicator. auctoritate, libr.* II. *cap.* XXI. *tom.* II. *theſauri modo memorati* p.

L. 3. *C. rebus creditis.* Inter illos referimus REINH. BACHOVIVM, *ad Treutlerum, vol.* 1. *diſp.* XXI. *theſ.* 9. DAV. MEVIVM, *part.* IX. *dec. dec.* 78. AVG. LEYSERVM, *ſpec.* CXXXVII. *med.* 5. ac IO. ANDR. HOFMANNVM in *der teutſchen Reichspraxi, tom.* I. *cap.* XXIII. §. 641. p. 394. ſed noſtram ſententiam adprobant SIM. A GROENEWEGEN, *tract. de legibus abrogatis et inuſitatis, libr.* IV. *eod. tit.* 1. p. 108. LVD. MENCKENIVM *tract. ſynoptica proceſſus iuris com. tit.* XVIII. §. 4. DAV. GEORG. STRVBEN, in den *rechtlichen Bedencken, tom.* III. p. 137. IVST. CLAPROTHIVS, in *der Einleitung in den bürgerlichen Proces, part.* I. *ſect.* I. p. 423. ac IVL. FRID. MALBLANC *doctr. de iureiurando, libr.* III. *cap.* III. §. 52. p. 186.

§. XVII.

Iurisiurandi delatione vti quoque quis poteſt ad probandam poſſeſſionem immemorialem.

Quaecunque cauſſa haud ita eſt comparata, vt in illa delatio iurisiurandi euidenter ſit prohibita: in ea illa admittenda eſt; leges vero proferri nequeant, quae illam vetant, ſi de poſſeſſione immemoriali eſt ſermo. Qui ea vtitur, ad euitandam aliam probationem, ipſe ſibi

p. 1267. ac GEORG. LVD. BOEHMERVS, *diſſ. de auctor. iudicis circa iusiurand. delat.* §. XIIII. *tom.* II. *elector. iuris ciuil.* p. 72. quum rationem, cur PAVLVS tradat, tutorem detuliſſe iusiurandum, *omnibus probationibus aliis deficientibus* in eo ponunt, quod haud dominus, liberrima de rebus ſuis disponendi facultate fruens; ſed tutor delatione ſit vſus; ſemper vero periculoſum ſit, religioni alterius quidquam committere.

Digitized by Google

ſibi imputare debet iacturam cauſſae, vbi reus iusiurandum praeſtet; hic vero de eo quoque queri non poteſt, quum per ſe patet, eum non de veritate; ſed de credulitate iurare debere. Qui illud haud admittere volunt, eius delationem normae repugnare putant. probationi poſſeſſionis immemorialis praeſcriptae *L.* 28. *D. de probat.* eamdemque ob cauſſam ſententiae meae aduerſatur IVL. FRID. MALBLANC, *doctrina de iureiurando. libr.* III. *cap.* 11. §. 44. p. 137. ei tamen fauent FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obs. iuris vniuerſi, tom.* II. *obſ.* 55. ac IVST. CLAPROTHIVS, in der *Einleit. in den ordentlichen bürgerlichen Proces, Theil* I. *Abtheil.* II. §. 321.

§. XVIII.

Secundum ius commune iusiurandum ab vno litigante delatum atque ab hoc acceptatum pro praeſtito non eſt habendum, ſi iuraturus ante eius praeſtationem decedit.

Quum leges morti vim hanc haud tribuunt; neque vllo modo ex eo, quod mortuus ante obitum ſunm haud declarauerit, ſe nolle iurare, colligi poteſt, illum eſſe reuera iuraturum, ſi morte fuerit impeditus, thesin hanc ita firmamus, vti eſt factum: ei autem opponitur, quod 1) ſecundum iura noſtra is quidquam feciſſe putandus eſt, ſi facere voluit; ſed vi maiore impeditus fuerit; quominus illud faceret, ſecundum L. 39. D. de R. I. 2) praeſumitur de eo, qui eſt moriturus, eum falſa haud adferere; vel ad periurium committendum adhuc eſſe paratum. Ita ſentiunt praeter iurisconſultos antiquiores, ab ANDR. GAILIO, *libr.* II. *obſeruat. cap.* 43. nominatos, SAM. STRYCKIVS, in diſſ. *de*

de morte, loco iurisiurandi, Halae, cIↃIↃCCIIII. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CXLIV. *med.* 1. FRID. ES. PVFENDORFIVS *tom.* I. *obs. iuris vniuerſi, obs.* 56. DAV. GEORG. STRVBEN in *den rechtlichen Bedenken, Theil* III. *num.* 79. nobiscum vero conueniunt DAV. MEVIVS, *part.* V. *decis.* 146. Io. BRVNNEMANNVS, *proc. ciuil. cap.* 23. *num.* 13. GEBHARD. CHRIST. BASTINELLER *diſſ. de effectu oblationis ad iurandum mortuo ante praeſtationem offerente*, Vitembergae, cIↃIↃCCXXIV. LVD. MENCKE, *progr. iuramentum in iudicio delatum acceptatumque ob mortem acceptantis ſimpliciter pro praeſtito habendum non eſſe; niſi aliud obſeruantia fori receperit*, quod eius *diſſertationibus iuridicis* eſt ſubiectum: ac Io. DAN. NEVENDORFFIVS *ſchediasmate de morte loco iurisiurandi*, Butzouii, cIↃIↃCCLXXXVII.

§. XIX.

Non datur iusiurandum in litem in vindicatione rerum immobilium.

1) Iusiurandum in litem prius locum haud habet; quam ſi reſtitui nequit res ipſa; illa vero ſemper adeſt, dum ſit res immobilis. 2) Clare hoc teſtatum facit MARCELLVS, vbi L. 48. §. 1. *D. locati conducti* eum ſaltem, quanti in litem iuratum fuerit, damnandum eſſe, tradit, qui ſeruum conductum; vel aliam rem, non immobilem, non reſtituit. Quoniam modo memorata lege ſolum permittitur, contra illum in litem iurare, qui ſeruum; vel aliam rem non immobilem reſtituit, quidam diſſentiunt; ſed eos refutat WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. libr.* XII. *tit.* III. §. XVI.

§. XX.

§. XX.

Non datur iusiurandum in litem veritatis diuersum a iureiurando in litem adfectionis.

1) Vbi actor agit de pretio vero praestando rei, iudex ipse aestimat; neque actor iurat. 2) VLPIANVS generatim statuit, rem ex contumacia aestimari vltra rei pretium iureiurando in litem, *L. 1. D. de in litem iurando.* 3) PAVLVS haud obscure tradit, cessare iusiurandum in litem, vbi solum aestimatur, quod interfit agentis, ac per id simul nos docet non dari iuramentum in litem veritatis. 4) Si permitterent leges iuramentum in litem veritatis, etiam nummorum aestimationem, licet certa sit, iureiurando corroborare liceret; ideo autem, nummis depositis, iusiurandum in litem non locum habere, scribit VLPIANVS, *L. 3. D. de in litem iurando.* Tandem 5) VLPIANVS iurisiurandi huius descriptionem in *L. 3. D. de in litem iurando* nobis ita exhibet; *nummis depositis, iudicem non oportet in litem iurisiurandum deferre, vt iuret quisque, quod sua interest.* Quoniam vtriusque iurisiurandi mentionem facere videtur *L. 8. D. de in litem iurando;* neque de iureiurando veritatis agit *L. 5. §. vlt. D. de in litem iurando;* de altero vero *L. 1. 2. 4. §. 2. D. de in litem iur. L. 9. D. rer. amotar. L. 25. §. 1. D. solet. matr.* atque aliae leges intelliguntur, multi etiam fouent sententiam contrariam ideoque MARCK. LYCKLAMA A NIEHOLT, *in com. de ineund. rei debitae aestimat, ad L. 27. de reb. credit. num vlt.* Io. CORASIVS, *libr. VI. miscellan. cap. 1.* WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. pract. tom. 1. libr. XII. tit. III. p. 833.* Io. BAPT. PLOTVS, *de in litem iurando, §. XX. p. 245.* ac GEORG. AD. STRY-

STRVVIVS, *ex.* XVII. §. 59. *tom.* I. p. 1112. inter ſe haud conueniunt.

§. XXI.

Error aduocati poſt lapſum trium dierum aliter impugnari haud poteſt; quam ſi, illum eſſe commiſſum, plene ſit probatum.

Clare atque euidenter hoc patet ex *L.* 2. *C. de error. aduo at.* qua requiritur, vt manifeſte probetur error, ſi intra tempus, *L.* 3. *C. h. t.* praeſcriptum, haud reuocatur; alii vero hoc ſolum concedunt de errore, ab aduocatis in praeſentia clientum commiſſo, ob regulam, quae, *L.* 1. *C. de error. aduocator.* continetur. Litigant hac de quaeſtione AVG. LEYSERVS, *ſpec.* XXXVIII. *med.* 5. et DAV. GEORG. STRVBEN, in *den rechtlichen Bedenken, tom.* I. p. 320.

§. XXII.

Sententia interlocutoria eſt etiam ſententia.

1) Quaecunque deciſio cauſſae controuerſae eſt ſententia: iam illud inuenimus in interlocutione ideoque etiam concludimus, illam quoque eſſe ſententiam. 2) Concludimus id ex L. 2. L. 11. *L. vlt. C. de re iudicata* et *L.* 39. *pr. D. de minor.* Quoniam ea lis haud finitur, quidam aliter ſentiunt ideoque diſputant hac de re inter ſe ROBERTVS MARANTA, *in ſpeculo aureo* p. 6. ANT. PEREZ, *comm. ad cod. tit. de re iudicata, num.* 1. MATTH. WESENBECIVS, *tit. de re iudicata, theſ.* 2. et PETR. MVLLERVS. *ad Strum ex.* XLIIII. *tit.* 1. *§. 4. tom.* III. p. 205.

§. XXIII.

Digitized by Google

§. XXIII.

Secundum ius et acta ſententia eſt ferenda ex iure ciuili.

Actis ſententia conformis eſſe debet; illud autem dici haud poſſet, ſi propriae ſcientiae rationem habere vellet iudex. Quoniam quidam omnino eius, quod ſcit, rationem habere debere iudicem putant, litigarunt iam hac de quaeſtione IOANNES et MARTINVS, gloſſatores; poſtea autem etiam recentiores ſententiam ſuam de illa, diuerſa tamen ratione, protulerunt. Breuitatis cauſſa lectores ad GEORG. AD. STRVVIVM, *ex.* XLIV. *tit.* I. §. V. *tom.* III. p. 205. ablegamus.

§. XXIV.

Fructus et ſumtus litis ſeparatim peti nequeunt, ſi praeteriti ſunt in ſententia definitiua haecque vires rei iudicatae nacta eſt.

Clare hoc cautum eſt L. 3. *C. de fructibus et litis expenſis*; aliud tamen colligi poſſe credunt aduerſarii ex *L.* 42. *D. de re iudicata* ac *L.* 35. §. 1. *D. de R. V.* Ex iis nominamus ſolum Io. BRVNNEMANNVM *ad L.* 35. *D. de R. V.* quod vero tradidi, adprobant BENED. CARPZOVIVS, *libr.* I. *reſp.* 79. DAV. MEVIVS, *part.* III. *decis.* 420. AVGVSTIN. LEYSERVS, *ſpec.* XCIX. *med.* 8. DAV. GEORG. STRVBEN in *den rechtlichen Bedenchen*, *Theil* 2. *Bed.* 63.

Digitized by Google

§. XXV.

Reſtitutio expenſarum ab victo in lite victori facienda non eſt poena; ſed reparatio potius damni, quod ab illo huic per temerarium litigium eſt illatum.

Perſpicimus illud partim ex eo, quod poenae priuatae penitus noſtra aetate ceſſent; reuera tamen poena ſaltim eſſet priuata, quum victori expenſae ſunt reſtituendae; partim autem ex eo, quod praeter expenſas ſuccumbentes nonnumquam poena quadam, reipublicae ſoluenda, adficiantur quumque accedit, quod is, qui a victo reſtitutionem eius petit, quod ipſius a patrimonio abeſt hocque non; niſi actione rei perſecutoria fieri poteſt, ſumtus litis cum damnis comparantur in §. 1. *I. de poenis temere litigant.* ibique eorum reſtitutio ſedulo a mulcta illa diſtinguitur, in cuius locum ſucceſſit; nec iure antiquiori Romano reſtitutio haec inter poenas locum obtinere potuit. Hoc recentiori tempore adhuc docuit V. C. ADOLPH. DIETRIC. WEBER, *über die Proceſskoſten, deren Vergütung und Compenſation*, Suerinii, CIↃIↃCCLXXXVIII. ſed ei haec in re contradixit HERNEMANNVS, in dem *Beytrag zu der Rechtstheorie von Erſtattung der Proceſskoſten*, Suerin. CIↃIↃCCLXXXVIII. Quum hic poenam potius eſſe, ex eo potiſſimum concludit, quod iure Romano reſtitutionis expenſarum haud mentio fiat, vbi ſermo eſt de damni reſtitutione: ſeparata actione, expenſarum reſtitutionem petere, ſit prohibitum hancque IVSTINIANVS ipſe *tit. I. de poena temere litigantium* poenae nomine deſignet: hisce argumentis WEBERVS in altera commentationis modo memoratae editione, quae anno ſuperiori adparuit, p. 12. ſqq. reſpondit.

§. XXVI.

§. XXVI.

Etſi vero ea, quae modo tradidi, ita ſeſe habeant, non; niſi temerarius litigator in reſtitutionum fructuum eſt condemnandus; haud vero prius cuidam temeritatem litigandi tribuere poſſumus; quam ſi vel dolo; vel lata culpa cauſſam iniuſtam in iudicio eſt perſequutus.

Quum prius membrum ita conſtat, vt nulla egeat probatione; nec vnquam in diſceptationem peruenerit: ad poſterius probandum partim ad notionem, quae verbis *temerarius*, *temerator*, *temeritas* in iure noſtro videlicet *L. 7. D. ad leg. Iul. maieſtat. L. 1. D. ad SC. Turpill. L. 29. D. ad leg. Cornel. de falſis* ac *L. vlt. D. de furtis* ſubiicitur; partim ad leges quasdam prouoco, quumque *L. 33. §. 8. C. de epiſcopis et clericis* clare traditur, condemnari temerarium litigatorem in expenſas, *vt impudens calumniantium refrenetur audacia*; neque minus improbus eſſe debet litigator, ſecundum §. 1. *I. de poena temere litigantium*, ſi cogendus eſt, damnum et impenſas litis inferre; neque prius litigator improbus qua talis cogitari poteſt; quam ſi vel doli capax ſit; vel eius culpae, quae cum dolo poteſt comparari, tum demum temerarius quoque eſt litigans, vbi alterutrum in ipſo deprehendimus. Niſi 2) omnia me fallunt, patet id quoque ex iureiurando calumniae, ad coercenda temeraria litigia non minus introducta. Quum teſte IVSTINIANO *pr. I. de poenis temere litigantium*, ſolum iurare deberent litigantes, ſe putare, iuſtam eſſe cauſſam, quam velint perſequi: hocce iureiurando non; niſi ſuſpicionem iniuſti litigii ſcienter ſuſcepti a ſe auertunt eoque praeſtito illius continuatio-

ne prohiberi nequeunt, ſi quoque culpa leuis; vel leuiſſima omnino iis eſt tribuenda; hoc vero poſito, nec prius reſtitutio expenſarum, eumdem in finem vno tempore introducta, poteſt obtineri; quam ſi litigans vel ſciuerit, ſe ſine iure litigare; vel ea fuit ignorantia, quae eſt craſſa, ipſique tanquam lata culpa imputanda. Recentiori tempore V. C. ADOLPH. DIETR. WEBERVS aliam ſententiam amplexus eſt, propterea quod culpae quoque leuiſſimae ratio ſit habenda, ſi de damno ſit ſermo, *L.* 44. *D. ad leg. Aquil.* ac *L.* 16. §. 2. *D. praeſcriptis verbis*; ſed ei contradixerunt ſupra laudatus HENNEMANVS in *dem Beytrag zu der Rechtstheorie von Erſtattung der Proceſskoſten*, Suerin. cIↃIↃCCLXXX. ac IACOB. FRID. GEORG. EMMERICHIVS, *comment. de litium expenſis quoad cauſſas ciuiles*, Gottingae cIↃIↃCCXC. ac *tract. über die Proceſskoſten, deren Erſtattung und Compenſation*, ibidem, cIↃIↃCCXCI.

§. XXVII.

Si quis cum aduocato litigauit hicque victoriam reportauit, victus condemnari quoque potest ad ſoluendum honorarium, quod pro laboribus, in lite hac ſuſceptis, promeruit.

Satis conſtat, ordinarie denegari ſolere eiusmodi honorarium aduocato; ſed hoc ſi fieret, temerarius litigator, a reſtitutione partis expenſarum liberaretur, quod eſſet iniquum; neque alioquin adeſt lex, quae nos hoc in caſu a regula ſatis nota recedere permittit. Communem opinionem, quam a noſtra diſtare, ingenue fatemur, partim ob *L.* 28. *D. locati*; partim ob *L.* 11. §. 1. *D. ad exhib.* fouent ANDR. GAILIVS, *libr.* 1. *obſ.* 151. et Io. BALTH. WERNHER, *part.* VI. *obſ.* 279. ſed eius

eius, quam propoſui, fautor exiſtunt REINH. BACHOV. ad *Treutler. vol.* I. *diſp.* VIII. *theſ.* 2. *litt. C.* ac DAV. GEORG. STRVBEN, *tom.* I. *der rechtl. Bedencken*, p. 127.

§. XXVIII.

Secundum ius ciuile poſſeſſorium cum petitorio cumulari nequit.

1) Tradit CAIVS, *L.* 24. *D. de rei vindicat.*, eum, qui deſtinauit rem petere, animaduertere debere, an aliquo interdicto poſſit nanciſci poſſeſſionem, quia longe commodius eſt, ipſum poſſidere et aduerſarium ad onera petitoris compellere; clarius autem idem ſignificant DIOCLETIANVS et MAXIMIANVS, dum *L.* 13. *C. de R. V.* ordinarii iuris eſſe ſtatuunt, vt, mancipiorum orta quaeſtione, prius exhibitis mancipiis de poſſeſſione iudicetur ac tunc demum proprietatis cauſſa ab eodem iudice decidatur. Neque vero 2) minus cum his legibus conuenit *L.* 5. *C. de interdictis*, ſecundum quam orta proprietatis et poſſeſſionis lite prius poſſeſſionis decidi oportet quaeſtionem competentibus actionibus, vt ex hoc ordine facta de dominio diſceptatione probationes ab eo exigantur, qui de poſſeſſione victus. Haec ſunt argumenta huius ſententiae: illa, quae proferunt aduerſarii, ſunt, quod 1) ſecundum *L.* 18. §. 1. *D. de vi et vi armata* is, qui fundum vindicauit, ab eo, cum quo interdicto vnde vi potuit experiri, pendente iudicio nihilominus interdicto recte agat: 2) *L.* 1. §. 4. *D. quod legat.* permittatur cumulatio poſſeſſorii cum petitorio: immo 3) *L.* 12. §. 1. *D. de adquir. vel amitt. poſſeſſ.* tradatur, nihil commune habere proprietatem cum poſſeſſione et ideo non denegari interdictum vti poſ-

posſidetis ei, qui coepit rem vindicare; neque eum videri poſſeſſioni renunciaſſe, qui rem vindicauit ac cum hac 4) conſpirare videatur *L.* 8. *§.* 5. *D. ſi ſerv. vindicetur.* Quaeſtio haec potisſimum quondam controuerſa fuit inter MARTINVM ac AZONEM. Quum hic eamdem defenderet ſententiam, quam ego quoque adoptaui, magis MARTINI opinio placuit pontifici *cap.* 5. *X. de cauſſa poſſeſſionis et proprietatis*; recentiori vero tempore ARNOLD. VINNIVS, *ſel. iuris quaeſt. libr.* II. *cap.* 39. LVD. MENCKE, in *gymnaſio iuris polem. diſp.* XXII. *theſ.* 4. ac IVST. HENN. BOEHMER, *iur. prot. eccleſ. tom.* 1. *libr.* II. *tit.* XII. §. 1. mecum conſentiunt. Ab ea vel minimum ii abhorrent, qui cum IAC. CVIACIO *libr.* VII. *obſ.* 38. BENED. CARPZOVIO, *proc. iur. tit.* 1. *part.* 1. *num.* 13. cumulationem vtriusque proceſſus etiam iure ciuili permiſſam eſſe contendunt.

§. XXIX.

Decendium, intra quod ſententia a viribus rei iudicatae sit ſuſpendenda, eſt vtile ratione initii atque ab eo abhinc momento currere incipit, quo quis ad notitiam eius venit.

Conſtat hoc ex *L.* 1. *§.* 7. *D. quando adpellat* ac *L.* 4. *C. de liberal. cauſſa*; aliud vero colligitur ex *Nou.* 23. *cap.* 1. Diſſidium eſt inter DAV. MEVIVM, *part.* II. *dec.* 270. IOACH. MYNSINGERVM, *cent.* II. *obſ.* 2. ANDR. GAILIVM, *libr.* I. *obſ.* 3. et IO. HENR. BERGERVM, *reſolut. leg. obſcur. libr.* XLIX. *tit.* XIX. *quaeſt.* 8. qui idem ſtatuunt, quod modo tradidi ac BENED. CARPZOVIVM, *proc. tit.* XVIII. *art.* III. *num.* 34.

§. XXX.

§. XXX.

Victus etiam in posſeſſorio ſummariiſſimo in expenſas condemnari potest.

Vbi adeſt temerarium litigium, ibi in expenſas ille, qui eius iure adcuſatur, condemnari poteſt; in poſſeſſorio autem ſummariiſsimo non minus temerarium litigium cogitari poteſt. Communis iurisconſultorum cohors, quoniam litem nondum *finitam eſſe* putant, in ſententia, quae lata eſt in posſeſſorio ſummario, diſſentit; ſed ea, quam adoptauimus, ſententia auctoritate nititur DAV. GEORG. STRVBEN, *in den rechtlichen Bedencken*, *tom.* I. p. 31.

§. XXXI.

Victor in posſeſſorio ſummariiſſimo, ſi cauſa cecidit in petitorio, ad restituendos ſumptus posſeſſorii ſummariiſſimi compelli potest.

Si quis cauſſa cadit in petitorio: iure nonnunquam temeritatis, qua alteri poſſeſſionem in poſſeſſorio denegauit, adcuſari poteſt; vbi autem hoc euenit, non dubium eſt; quin is, qui victus ſit in poſſeſſorio, repetere poſsit ſumptus, quos hac in lite fecit: aliud autem ex eo ab aduerſariis colligitur, quod victor in poſſeſſorio ſummario haud ſit temerarius litigator ac poſſeſſori, dum retinere ſtudeat poſſeſſionem, magis fauendum ſit ei, qui rem demum petit. AVG. LEYSERVS haud conſtans eſt. Quum adprobat aduerſariam ſententiam *ſpec.* LXXXIII. *med.* 3. noſtra ei placuit *ſpec.* CCCCXCIX. *med.* II. Eamdem fouet DAV. GEORG. STRVBEN, *tom.* I. *der rechtlichen*

Bedencken, p. 32. et per id discedit a BENED. CARPZOVIO, *libr.* I. *resp.* 18. atque aliis.

§. XXXII.

Iudici, qua tali, sententiam, ab extraneis dicasteriis petitam, ab actis remouere haud licet.

Concludimus hoc partim ex iure Romano, *L.* 14. *de re iudicata* ac *L.* 1. *C. sententiam rescindi non posse*; partim ex constitutione criminali, *art.* CLXV. ac CCXIX. cum AVG. LEYSERO, *spec.* CCCCLXIX. *med.* 1. ac discedimus a MATTH. BERLICHIO, *part.* I. *concluf.* 59. et LVD. SCHRADERO, *de feudis*, *part.* X. *sect.* XIV. *num.* 92. sq. qui potissimum, quod talem sententiam pro consilio habent, hocque non obligat, aliud statuunt.

§. XXXIII.

Ex contractu bilaterali executiue agi potest, si actor fundamentum agendi in continenti probare potest.

Ex natura processus executiui constat, omni tempore locum eum habere, si fundamentum actionis in continenti probari potest, ex instrumentis guarentigionatis, ei adiiciendis ideoque eum quoque admittere debemus in contractu bilaterali, si hoc modo actor probare potest fundamentum agendi. Qui illud negant, ideo processum hunc haud institui posse tradunt, quod ex instrumento contractus bilateralis eius implementum haud liqueat ex parte actoris; neque hic prius agere potest, ex tali contractu; quam si illud quoque probatum fuit. Disidium praesertim hac de quaestione attentio-

Digitized by Google

tentionem noſtram meretur, quod extitit inter IAC. FRID. LVDOVICI, in *der Einleitung zum Civilproces*, *cap.* 3. §. 2. et 4. ac IO. HENR. BERGERVM, *elect. proceſſus executivi*, §. 29. et 35. e quibus hic noſtram; aduerſarius vero illam defendit ſententiam. Conferas quoque IO. BALTH. WERNHER, *part.* I. *obſ.* 149. *part.* III. *obſ.* 156. et 172. *part.* VII. *obſ.* 37.

CAPVT TERTIVM
DE
CONCVRSV CREDITORVM
MEMBRVM PRIMVM
DE
CONCVRSV CREDITORVM GENERATIM SPECTATO.

---

§. I.

Initium concurſus eo momento incipit, quo bona debitoris obaerati in creditores ſunt translata.

Digitized by Google

Non eſt neganduui, diuerſa ratione euenire, vt eiusmodi bona in creditores tranſeant, hancque in rem ſedulo eſſe diſtinguendum, vtrum ceſſio ſit facta bonorum; nec ne? Quemadmodum ſine dubio transfert bona in creditores illorum ceſſio, vti id liquet ipſius ex ratione; ita quoque ſine ceſſione id accidit, vbi debitor in fugam ſeſe coniicit: decretum de aperiundo concurſu datur a iudice: vel edictali citatione creditores citati ſunt ad liquidandum. Id haud eſt negandum; certum tamen eſt atque expeditum, quod bonis translatis, concurſus adſit; neque vero prius cogitari queat. Conſtituunt ſolum bona obiectum concurſus: denegatur debitori facultas ſoluendi; antequam bona ſua creditoribus reliquerit, minime; *L.* 24. *D. quae in fraudem creditorum*: immo ex ſententia *L.* 8. *D. de rebus auctor. iudicis possidendis* pacta ſunt ſeruanda, ante illam ceſſionem; ſeu miſſionem a debitore inita. Diuerſa ratione quaeſtionem hanc decidunt; FRANC. SALGADO DE SAMOZA, *in labyrintho creditorum*, *part.* 1. *cap.* III. §. 1. DAVID. MEVIVS, *part.* VI. *dec.* 104. GVIL. LEYSERVS, *diſſ. de concurſu et graduat. creditorum*, *cap.* I. §. 2. GOTTF. BOEHMERVS, *practica practicanda*, *cap.* XXXVIII. MICH. HERM. GRIEBNERVS, *princ. prax. iudiciar. libr.* II. *cap.* 9. §. 1. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCXXXVIII. *med.* 7. *vol.* VII. p. 467. IAC. FRID. LVDOVICI, *in der Einleitung in den Concursproceſs*, *cap.* VII. §. XIV. p. 10. IO. BALTH. WERNHERVS, *part.* IIII. *obſ.* 146. *tom.* 1. p. 863. IO. GOTTFR. SCHAVBERVRG, *princ. prax. iudiciar. libr.* II, *cap.* VIII. §. 1. DAN. NETTELBLADT, *in der Anleitung zur practiſchen Rechtsgelahrheit*, *ſect.* II. *part.* III. *libr.* II. p. 391. CAR. OTTO RECHENBERG, *de computo momenti, quo concurſus creditorum incipit*, Lipſ. CIↃIↃCCXXXIX. et IO. HERM.

HENR. BVRMANNVS, *diss. de exordio concursus*, Gottingae CIↃIↃCCLXXIII. quibus ea iungas, quae *diss. de compensatione creditorum in concursu*, Ienae, CIↃIↃCCLXX. protuli.

II.

Quum Iudaea iuribus, christianis vxoribus concessis, frui nequit, merito illi hypotheca tacita eaque qualificata ob dotem marito illatam denegatur.

Licet IVSTINIANVS, quum priuilegia singularia mulieribus ob dotem, quam intulerunt, religionis rationem haud haberet: ab iis tamen iudaeae haud obscure excluduntur *Nou.* 109. *cap.* 1. Haud quidem mentionem facit iudaearum; sed tamen indignam esse eam memoratis priuilegiis declarat, quae se separat a sancta dei catholica et apostolica ecclesia et sacrasanctam in ea communionem percipere non patiatur; nec minus se separat a dei muneribus et a sacra communione se alienam facit. Quum haec omnia adplicari possunt ad iudaeam, hisque accedit, quod IVSTINIANVS paullo post restringit priuilegia eas ad vxores, quae rectam et adorandam nostram fidem catholicae scilicet et apostolicae ecclesiae tenent et de salutari eius communione participant ac hoc iterum de Iudaea adfirmari nequeat; praeterea autem a memoratis priuilegiis arcet illas, quae Nestorii fuerint adsectae idque eam potissimum ob mentionem, quod Nestorii iudaicam sequantur maniam, profecto interpretis officio rite haud fungimur; nisi statuimus, id, quod de haereticis sit cautum, valere quoque de Iudaea. Quibus aliud placet, ideo iudaeae fauent, quod eius haud nominatim mentio fiat in memorata

lege

lege; ſed haereticarum ac ſecundum notionem vocabuli *haereticus*, in ipſo iure Romano, videlicet *L. 2. C. de haereticis et manichaeis* formatam, ſub illo iudaeas comprehendi haud poſſit: ratio leges potiſſimum in odio imperatoris erga eas feminas, quae a vera fide, quam iam ſint profeſſae, alienauerint, ſit quaerendum hocque priuilegio iudaea haud ſit digna noſtraque aetate magis tolerandi ſunt iudaei, quam perſequendi. Quantum ſcio, ANT. NEGVSANTIVS, de *pignor. et hypothecis part.* II. *membr.* IIII. *num.* 70. ac MERCVR. MERLINVS, *libr.* III. *de pignor. quaeſt.* 82. primi fuerunt, qui quaeſtionem hanc in medium protulerunt. Factum id eſt ea ratione, vt NEGVSANTIVS iudaeae aliarum mulierum priuilegia concederet; MERLINVS autem denegaret. Poſtea ſemper maximum hac de re inter iurisconſultos exſtitit diſſidium, ita, vt ſententiam, meae aduerſatiam, amplecterentur DAVID. MEVIVS *diſcuſſ. leuam. inop. debitor. cap.* V. *num.* 200. CASP. ZIEGLERVS, *diſſ. de iur. iudaeor. cap.* V. §. 18. Io. Iod. BECKIVS, *tract. de iur. iudaeor. cap.* VII. §. 22. et *cap.* XIV. §. 5. CHRIST. HENR. SENCKENBERG, *diſſ. de iuribus ac priuileg. dotium illatorumque in concurſu creditorum tum in genere tum in ſpecie, quod mulieres iudaicas*, Gieſſae clɔIɔccxxix. Io. CHR. KOENIGER, *progr. de iuribus ac priuilegiis dotium in concurſu creditorum mulieribus iudaicis competentibus*, Lipſ. clɔIɔccxxxiii. AVG. DE BALTHASAR, *de claſſificat. creditorum part.* II. *ſect.* II. *claſ.* II. §. 51. CHRIST. GOTTL. GMELIN in *der Ordnung der Glaubiger*, *cap.* III. p. 158. ac Io. LVD. KLVBER, in *der kleinen iuriſtiſchen Bibliothec*, *tom.* I. p. 485. mea autem ea eſt, quam quoque tenent WERNH. AD. LAVTERBACH, *coll. theor. pract. libr.* XX. *tit.* II. §. 23. *tom.* II. p. 61. PAVL. MVLLENIVS, *ad Struu. exerc.* XLIV. *theſ.*

theſ. 46. Fr. Ea. Pvfendorfivs *obſeruat. iuris vniuerſi*, *tom.* 1. *obſ.* 208. p. 532. Io. Vlric. Cramer, *obſeruat. iuris vniuerſi*, *tom.* III. *obſ.* DCCCCL. p. 676. et in *den Wezlariſchen Nebenſtunden*, *part.* III. p. 94. Dav. Georg. Strvben in *den rechtlichen Bedenken*, *tom.* III. *Bed.* LXVIII. p. 247. atque adoptarunt iuriſconſulti Ienenſes in ſententia, *menſ. Nou.* cIↃIↃCCLXIV. lata. Eam copioſius expoſui progr. de *priuilegio dotis Iudaeae*, cIↃIↃCCLXXXV.

§. III.

Beneficio ceſſionis bonorum renunciare potest debitor.

1) Beneficium hoc ſolum in fauorem debitorum eſt introductum, vti clare liquet ex *L.* 3. *ſqu. D. de ceſſ. bonorum*; quis vero negabit, renunciari poſſe beneficio, in fauorem renunciantis introducto? quum potiſſimum id conſtat ex *L.* 41. *D. de minor.* *L.* 32. ac *L* 46. *D. de pactis.* Si permiſſum eſt 2) tacito huic beneficio renunciare, ſine dubio licita quoque eſt expreſſa eius renunciatio; prius autem conſtat in eo, qui moratorii ius impetrauit ideoque nec beneficio amplius vti poteſt, vt tradit Petr. Mvllervs, *ad Struu. ex.* XLIV. *theſ.* 25. *tom.* III. p. 231. Qui 3) beneficio ceſſionis renunciat, ſolum poenae carceris ſeſe ſubmittit, dum ex iure conſtat, ad euitandam illam beneficium hoc introductum eſſe; *L.* 1. ac *L.* 8. *C. qui bonis cedere poſſ.* *L. vlt. C. de ceſſ. bonorum*; nonne autem permiſſum eſt debitori, ſub poena carceris ſeſe ad ſoluendum obligare? Obligatio cambialis aeque ac obſtagialis, quarum prior vbique, poſterior autem quibusdam in Germaniae prouinciis viget, monente Car. Gottl. Knor-

RIO

nio, *in denen rechtlichen Anmerkungen*, p. 528. id abunde teſtantur. Qui aliter ſentiunt, renunciationem talem inualidam eſſe putant, quod ex nimia debitorum facilitate proficiſcatur: renunciantem in caſum non ſoluti debiti a libertatis fructu excludat hotque modo fauori libertatis, quam respublica tueatur, repugnet ac hoc nomine ad *L.* VI. *C. qui bonis ced. poſſ. L.* 12. *C. de oblig. et act. L.* 2. *D. de lib. homine exhibendo L.* 71. §. 2. *D. de condit. et demonſtrat. L.* 13. *D. ad l. Aquil.* ac *L.* 38. *D. de pactis*, prouocant DAV. MEVIVS, *in diſcuſſ. leuam inop. debitor. cap.* VIII. *num.* 44. OTTO PHIL. ZAVENSCHLIFFER, *de offic. iud. ſuppletor.* Marburg. CIↃIↃ CLXXXI. PAVLL. CHRISTINAEVS, *vol.* I. *deciſ.* 228. *num.* 5. PETR. GREG. THOLOSANVS, *ſyntagm. iuris vniu. libr.* XII. 5. REINH. BACHOVIVS, *ad Treutl. vol.* II. *diſſ.* XXIV. *cap. theſ.* 28. *tom.* III. p. 32. PETR. MVLLERVS, *not. ad Struu. loc. cit.* LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. polem. diſp.* XXII. p. 234. SAM. DE COCCEII, *iur. controuerſo libr.* XLII. *tit.* III. *quaeſt.* 3. p. 485. cum aliis aliud exiſtimant. Sed nihilominus exiſtunt, qui noſtrae ſaluent ſententiae, ex quibus nominamus OSWALD. HILLIGERVM ad *Donell. libr.* XXVII. *cap.* 9. ac Io. FR. OLEARIVM, *diſſ. de renunciat. ceſſionis bonorum a debitore facta*, Lipſiae CIↃIↃCCIII.

§. IV.

Etiam ob debita fiſcalia beneficium ceſſionis bonorum locum habere potest.

Quae beneficia 1) generatim debitoribus ſunt conceſſa, ea ſine dubio competere quoque debent debitoribus fiſcalibus; iſtud autem beneficium, quod vocant, ceſſionis bonorum generatim tribui debitoribus ideoque etiam

etiam fiscalibus, constat ex L. 1. sqq. *qui bonis cedere possunt.* 2) Imperatores VALERIVS et GALLIENVS, *L. 3. C. qui bonis cedere possunt* clare permittunt cessionem, quae fit propter onera ciuilia, ideoque et beneficium hoc tribuunt debitori fiscali. Quum *L. 2. C. de exact. tribut.* carceris mentio fit, qui sit *poenalium, hominum noxiorum et officiorum.* Aliud censent: ANDR. GAILIVS, *libr.* I. *obs.* 26. *et libr.* II. *obseru. cap.* 64. Io. SCHNEIDEWIN, *ad §. vlt. I. de act. num.* 7. cum aliis.

§. V.

Qui quinquennales impetrauit inducias, prouocare haud potest ad beneficium cessionis bonorum.

Clare hoc constat ex *L.* 8. *C. qui bonis cedere possunt.* Electionem ibi solum debitoribus concedit, num induciis; an beneficio cessionis vti velit: quaecunque beneficia autem ita nobis competunt, vt vnum saltem ex iis eligi possit, ita sunt comparata, vt, vbi vnum eligitur, alterum exspiret. Quoniam *L. fin. C. qui bonis cedere possunt*, non claris verbis tradit, per impetrationem inducierum excludi debitorem a beneficio cessionis: dissentiunt ANT. PEREZ, *comm. ad codic. tit. qui bonis ced. num.* 25. et ZOESIVS, *ad eund. titul. num.* 25; sed nostra sententia est ea, quam quoque habet Io. BRVNNEMANNVS *ad leg. cit. num.* 4. ac PETR. MVLLERVS, *ad Struu. tit. ex.* XLIV. *§.* 32, *tom.* III. p. 338.

§. VI.

Moratorium cursum vsurarum haud si-

 stit;

stit; peti tamen nequeunt; nisi spatium sit finitum, ad quod illud est datum.

1) Posterius membrum huius propositionis, quantum scimus, haud est controuersum, quum id, quod valet de principali re, idem quoque adfirmandum sit eius de re accessoria et ex *L.* 35. *§.* 1. *D. de actione:* ac *L.* 13. §. 6. *D. de pignor.* discimus, valere consequentiam a sorte ad vsuras. Neque vero minus 2) certum est membrum prius, quum ad ius quaesitum creditorum pertineant vsurae ideoque illis priuari haud possunt per moratorium, vti constat ex *L.* 1. §. 10. et 16. *D. ne quid in loco publ. L.* 8. *D. de stipul. praetor.* Quum 3) moratorio is saltim effectus tribuitur in legibus, quod dilationem praebeat creditori, haud statui potest, illud quoque liberare debitorem ab onere vsurarum. Haec sunt argumenta, quibus nostra nititur sententia: ea vero, quibus aduersariae patroni vtuntur, sunt 1) quod durum atque inhumanum sit, ab eiusmodi egenis hominibus vsuras petere: 2) iure diuino prohibitum sit, a pauperibus vsuras poscere ac 3) vsurae non; nisi ex mora vel conuentione descendant ac mora hoc loco haud obtineat; conuentio vero ad incogitata non sit trahenda ac status ille bonorum, qui moratorium requireret, debitori quoque incognitus fuit eo tempore, quo vsuras promisit. Ita censent: Bened. Carpzovivs, *part.* II. *const.* 30. *def.* 46. et in *asylo debitorum cap.* IIII. *num.* 39. Petr. Rebvffivs, *tract. de litter. dilat. num.* 72. Io. Boerivs, *decis.* 296. sed nobiscum consentiunt: Avg. a Leyser, *spec.* XII. et Ern. Mart. Chladenivs, *de rescriptis moratoriis, cursum vsurarum non sistentibus*, Vit. clɔIɔccLvII.

§. VII.

Digitized by Google

§. VII.

In moratorio quinque annorum ſpatium haud neceſſarium est; ſed ad plures extendi potest.

Quoniam ſolo ab arbitrio imperantis dependet moratorium, merito etiam ſtatuendum eſt, dependere ab illo, ad quot annos ſit dandum; aliud autem ex eo colligitur, quod ea res maius infligeret damnum creditori; quam quod eum ſubire aequum ſit quumque ad quinque annorum ſpatium princeps moratorium concedat, licet haud audiuerit hac de re creditores: maius temporis ſpatium eligere haud poſſit. Ita ſentit ANTON FABER, *libr.* I. *cod. Sabaud. libr.* I. *tit.* IX. *def.* 17. ſed noſtrae ſuffragantur ſententiae BVRC. GOTTH. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris publici diſſ.* XII. §. 8. IO. PHIL. SIEVOIGT, *diſſ de retorſione in moratoriis, non competente*, *cap* IIII. §. 8. et ERN. MARTIN. CHLADENIVS, *diſſ. de reſcriptis moratoriis, curſum uſurarum non ſiſtentibus*, Vitemb. CIↃIↃCCLVII.

§. VIII.

Exceptioni reſcripti moratorii debitor valide ita renunciare potest, vt illa erga eum, cuius in fauorem ei renunciatum fuerit, vti nequeat.

Renunciationes iurium ſunt permiſſae *L.* 29. *C. de pactis* eumque producunt effectum, vt renuncianti haud ad iura renunciata concedatur regreſſus. Inter eiusmodi iura, quibus renunciari poteſt, eo maiori iure ius, quod ex moratorio reſcripto naſcitur, numerandum

Digitized by Google

eſt ideoque ei valide renunciari poteſt: nihilotamen ſunt, qui id negant, quoniam renunciatio non valeat, ſi fiat in praeiudicium tertii ac non raro aliorum in creditorum detrimentum renunciare ſoleat a debitore moratorio: immo ipſius reipublicae interſit, moratoria conſeruare: immo plura ſcripturae ſacrae loca adlegantur, ex quibus colligere volunt infirmitas talis renunciationis. Ex iis nomino GEORG. AD. STRVVIVM, *ſyntagm. iuris ciuilis*, *ex.* XLIV. *theſ.* 28. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſeruat. iuris vniuerſi*, *tom.* II. *obſ.* XXIII. p. III. ac FRANC. IOS. HARTLEBEN *meditat. ad pandectas*, *vol.* I. *part.* I. p. 285. mea vero ſententia nititur auctoritate SAM. STRYCKII *diſſ. de abuſu reſcripti moratorii*, *cap.* II. §. 9. IVST. HENN. BOEHMERI *diſſ. de literis reſpirat. cap.* III. §. 14. atque AVG. LEYSERI, *ſpec.* XII, *med.* I.

§. IX.

In pacto remiſſorio etiam creditores priuilegio exigendi muniti, in eo adquieſcere debent, quod a creditoribus per maiora concluditur.

Clare hoc conſtat ex *L.* 10. *D. de pactis*; ei tamen opponi ſolet, quod legitur in *L.* 38. §. 1. *D. mandati*. Vel minimum aliud docet DAVID. MEVIVS, *in leuam. inopiae debitorum*, *cap.* III. *num.* 178. ſed ei contradicit PAVLL. TOB. WAGLERVS, de *pactis remiſſoriis cum debitore obaerato*, Altorfii, CIↃIↃCCLXXXV.

§. X.

Creditores, qui iudici concurſus ſunt cognoti

gniti, ab illo ad liquidandum ſpeciatim ſunt citandi.

Regula, quod citatio edictalis ſit ſubſidiaria; nec prius locum habeat; quam ſi iudici haud notum ſit, vbi citandus commoretur; vel minimum alia ex cauſſa ipſi citationem inſinuare impediatur, eſt vniuerſalis ideoque etiam ad proceſſum concurſus adplicanda: nihilominus tamen contrarium a quibusdam adſeritur, quod praeter iſtam citationem quoque publica requiratur atque ex hac quoque creditores, qui iam ſunt, quid obſeruari debeant, perſpicere poſſint. Mecum conſentiunt FRANC. SALGADO DE SAMOZA *loco mem.* atque aliis.

MEMBRVM SECVNDVM
DE
CREDITORIBVS SVVM PETENTIBVS.

SVBSECTIO PRIMA
DE
CREDITORIBVS QVIBVS EXTRA CONCVRSVM EST SATISFACIENDVM.

---

§. I.

Qui depoſitum irregulare dedit debitori, id extra concurſum petere nequit; niſi id adhuc in natura exſtet.

Depoſitum irregulare ea ratione initur, vt, ſi depoſitario id ſit opus, illo vtatur et modo tantumdem in eadem qualitate et quantitate reſtituatur hancque ob rem eo momento, quo depoſitarius re depoſita vti incipit, in mutuum mutatur. Haec quum ita ſe habeant: merito diſtinguere debemus, vtrum adhuc in natura exſiſtat; nec ne, et quidem priori in caſu, tanquam depoſitum; minime autem in poſteriori caſu extra concurſum locandum cenſemus. Ob *L.* 24. §. 2. *D. de rebus auct. iud. poſſidendis*, quidam ei, qui depoſitum irregulare petit, ius ſeparationis penitus denegant atque inter alios GOTTF. BARTHIVS. *in hodegeta forenſi in adpend. cap.* III. *§.* 22. p. 832. aliam fouet ſententiam; ſed nobiscum facit AVGVSTIN. DE BALTHASAR *coll. iuris com. cum iure Saxonico, qua claſſificat. creditorum in concurſu* p. 12.

§. II.

Extra concurſum ſolutionem poſcere nequit venditor, qui hypothecam ſaltim in re vendita sibi reſeruauit.

Si quis rem vendidit et ob pretium nondum ſolutum hypothecam ſibi eſt ſtipulatus, ille reuera fidem habet de pretio ideoque etiam dominium in emtorem transfert; vbi autem hoc eſt factum, iure quoque ſeparationis vti haud poteſt; ſed inter creditores eſt referendus. Quicunque eſt creditor proprie ſic dictus: ille obligatus eſt reliquis creditoribus ſeſe adgregare; eiusmodi autem emtor ſolus eſt creditor. Quoniam eiusmodi venditor ius in re habuit; antequam ea ad debitorem tranſiit, contrariam ſententiam fouet AVG. DE BALTHASAR, *loc. citat.* p. 24. auctoritateque plurium doctorum, videlicet BEN. CARPZOVII, *part.* 1. *conſt.* XXVIII.

XXVIII. *def.* 20. CHRIST. PHIL. RICHTER, *de iure et priuil creditor. cap.* II. *membr.* I. *num.* 39. ac DAV. MEVII, *in tractat. de leuamine inop. debitor. cap.* III. *num.* 174. se tuetur; sed illis repugnant: GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XLIV. *thes.* 49. et AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCCLXXXV. *med.* 4.

§. III.

Qui pignus possidet, is ex sententia iuris communis concursui sese immiscere haud debet.

Si semel creditori pignus est traditum, tamdiu illud retinere potest; quamdiu ei nondum est satisfactum. *L.* 9. *§.* 3. *D. de pignor. act.* ac *L.* 4. *C. de pignor. et hypothecis.* Eius iura diminui haud possunt, vbi creditores illius bona occuparunt eandemque ob rem non ipsi opus est, vt sese concursui immisceat. Nobiscum consentiunt: DAV. MEVIVS, *part.* VII. *decis.* 250. SAM. STRYCKIVS, *ad Brunnemanni proc. concursus credit. cap.* II. §. 6. iurisconsulti Tubingenses, *vol.* VII. *cons.* 19. *num.* 34. ac LEONH. HENRIC. LVDOV. GEORG. DE CANNEGIESER, *decis. supr. tribunal Cassel. tom.* I. *dec.* V. *num.* 7. quoniam vero possessio rei pignoratae secundum L. 12, §. *vlt. D. qui potior. in pignore* haud impedit; quo minus is, cui illa ante iam oppignerata fuit, istam possessionem vindicare queat ac cum hac conuenit *L.* 6. §. 7. *D. in fraudem creditor.* alii autem dissentiunt; vario tamen modo, e quibus nominamus: SAM. STRYCKIVM, *ad Brunnem. de processu concurs. cap.* II §. 6. IO. FLORENT. RIVINVM, *de iure pignor. moto concursu*, §. 7. AVG. LEYSERVM, *spec.* CCXXXI. *med.* I. FRID. ESAIAS PVFENDORFIVM,

tom III. *obs.* 60. IVST. HENN. BOEHMERVM, *tom.* III. *part.* II. *decis.* 278. et PAVLI. GVIL. SCHMIDIVM, *de iure retentionis circa pignus post concursum motum ceſſante*, Ienae, CIↃIↃCCLIX.

SVBSECTIO SECVNDA

DE CREDITORIBVS IN CONCVRSV LOCANDIS.

§. I.

Sumtus funeris singulari iure praelationis praediti sunt, ita, vt qui illos petit, omnibus creditoribus hypothecariis antecedat.

1) Si colonus, vel inquilinus mortuus est; neque est, vnde funeretur ex sententia POMPONII *L.* 14. §. 1. *D. de religiosis* ex inuectis atque illatis funerandus est ac solum id, quod superfluum remansit, pro debita pensione tenetur. 2) Clarius illud testatur MARCIANVS, vbi *L.* 45. *D. de religiosis* animaduertit, impensam funeris omne creditum solere praecedere, quum bona soluendo non sint. 3) Creditores defuncti debitoris solutionem suam non; nisi ex patrimonio, quod ille reliquit, expectare possunt; sed a patrimonio excipiendum est,

eſt, quod in funus expenditur, ſecundum *L.* 21. §. 9. *C. de iure deliberandi.* Obiiciuntur huic theſi ab aduerſariis §. *fin. I. de leg. Falcidia* ac *L.* 14. §. 1. *D. de religioſis* et quod ſolum ei, qui funus debitoris curauit, locus adſignatur inter creditores priuilegiatos, *L.* 17. *D. de rebus auctor. iud. poſſ.* Inter aduerſarios numerantur MATTH. COLERVS, *dec.* CC. *num.* 2. HARTMAN. PISTORIS, *obſ.* LXVII. *in fin.* ac HVGO DONELLVS, *commentar. iuris ciuilis, libr.* XIV. *cap.* 7. noſtrae vero ſententiae adhaerent REINH. BACHOVIVS, ad *Trentlerum*, *vol.* II. *diſp.* 24. *theſ.* 7. IO. BRVNNEMANNVS, *concurſ. creditor. cap.* V. §. 14 et 15. SAM. DE COCCEII, *iur. controu. libr.* XLII. *tit.* V. *quaeſt.* 2. LVD. MENCKE, *gymnaſ. iur. pol. diſp.* XXII. *theſ.* 9. p. 235. ac IO. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtantium, libr.* XLII. *tit.* V. p. 241.

§. II.

Sumtus, pro cura vltimi morbi adhibita, merito iure praelationis gaudent in concurſu creditorum.

Non negari poteſt, ſumtus funeris eiusmodi habere priuilegium, vt omnibus creditis in concurſibus ſint praeferendi, ſiquidem non ſolum PAVLLVS; *libr.* I. *ſententiar. tit.* XXI. §. 15. in *iurisprudentia Anteiuſtiniana* SCHVLTINGII, p. 266. ſed MARCIANVS, *L.* 45. *D. de religioſis et ſumt. funer.* docent, impenſas funerum omne aes alienum praecedere, quibuscum iungendus eſt VLPIANVS, *L.* 14. §. 1. *D. de religioſis et ſumt. fun.* Quidquid autem valeat de ſumtibus funerum, illud quoque ſtatuendum eſt do ſumtibus, pro cura vltimi morbi factis, quemadmodum conſtat ex *L.* 5. *C. de*

religioſis ac *L. 4. C. de petit. hereditatis.* Quoniam medico ius illud praelationis in aliis morbis, quibus debitoris vitam feliciter conſeruauit, haud competit ideoque medicum, aliis creditoribus, vbi hoc non eſt factum, praeferre iniquum videtur; praeterea autem *L. 4. C. de hered. petit.* ac *L. 3. C. de relig.* ſumtus in morbum deducere permittunt; haud tamen de iure praelationis loquuntur, diſſentiunt GEORG. AD. STRVVIVS, *ſynt. iuris ciuil. ex.* XLIV. *theſ.* 56. HENR. BODINVS, *diſſ. de non praeferendis ſumtibus, in vltimo morbo expenſis* SAM. STRYCKIVS, *not. in Brunnemannum de concurſu creditorum, cap.* V p. 80. ac CHRIST. GOTTL. GMELIN in *der Ordnung der Gläubiger*, p. 92. ſed nobiſcum conſentiunt: BENED. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* 28. *def.* 43. CHRIST. PHIL. RICHTER, *de iure et priu. creditorum, diſp.* IIII. *membr.* IIII. p. 93. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCLXXXII. *med.* I. AVG. DE BALTHASAR. *loc. memorat.* Io ANDR. HOFMANNVS, *in der deutſchen Reichspraxi, tom.* II. §. 1270. ac HENR LAMPIVS *diſſ. de priuilegiis et iur. ſingularibus medicorum, ſect* I. *cap.* II. §. 22. aduerſariis autem adnumerare poſſumus V. C. DAN. HENR. HASENTIEN, *diſſ. de priuilegio medicorum creditorum in concurſu*, quam me praeſide CIↃIↃCCLXXIV. defendit, quum medicis quidem priuilegia, quibus in concurſu fruuntur, haud denegat; ea vero iure in ciuili fundata eſſe, non concedit.

§. III.

Vestes lugubres ad ſumtus funeris haud referri queunt, qui ex concurſu petuntur.

1) Si quis veſte lugubres, quibus mortem defuncti lugeret, comparauit, petit quidquam pro illis aut mercator

cator, a quibus eae ſunt comparatae; aut ille, qui eas emit. Prior non eſt creditor debitoris communis; ſed potius eius cognati, qui veſtes ſibi comparauit. hancque ob cauſſam nec poteſt reliquis creditoribus ſeſe adiungere; neque vero poſteriori competit ius repetendi eas impenſas, quas hoc nomine fecit. Quidquid 2) non corporis cauſſa condendi erogatur, nec ſub impenſarum funeris nomine comprehenditur, teſte *L.* 14. §. 6. et *L.* 37. *D. de religioſis et ſumtibus funerum*; de veſtibus autem lugubribus illud adſerere haud poſſumus. Argumentum, quo contraria ſententia corroboranda, non; nili ex obſeruantia, licet maxime incerta ſit, peti ſolet ac diſſentiunt: Io. BRVNNEMANNVS, *de concurſu creditorum*, *cap.* 5. §. 14. IVST. HENNING. BOEHMERVS, *tom.* II. *part.* I. *conſultat.* 64. Io. HENRIC. BERGER, *elect. diſcept. for. part.* II. *ſupplem.* p. 852. et AVG. DE BALTHASAR, *loc. citat.* p. 31. nobis autem adſtipulatur SAM. STRYCK, *vſ. mod. libr.* XI. *tit.* II. §. 68. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCLXXXIV. *med.* 1. ac CHR GOTTL. GMELIN, in *der Ordnung der Gläubiger*, p. 90.

§. IV.

Pecunia hereditaria etiam ex ſententia iuris ciuilis ante omnia debita est ſoluenda.

Dominium reuiuiſcere et actionem realem, ſiue vindicationem producere poſſe, ſi conditiones haud implentur, ſub quibus illud tranſit, certum eſt hocque diſcimus ex *L.* 1. *D. de donat. quae ſub modo*, reuera autem id ſtatuere debemus in pecunia hereditaria, ſi coheres coheredi ratione portionis ipſi in fundo hereditario competentis haud ſatisfacit. Id quoque exiſtimant Io. BRVNNEMANNVS, in *concurſu creditorum*, p. 88.

Concludimus illud potiſſimum ex eo, quod generalis adſit lex, ſecundum quam publica pignora priuatis antecedunt, videlicet *L.* 11. *C. qui potiores pignore.* Quum nullam admittit diſtinctionem, neque illam facere debemus, in fauorem venditoris; qui vero credunt, ſufficere quoque extraiudicialem hypothecam, prouocant ad facultatem venditoris, ſub quibuscunque conditionibus res ſuas vendendi atque obligationem emtoris eas implendi, *L.* 13. *D. com. praed.* ac *L. vlt. C. de pactis inter emt. agnitam.* Pugnat hac de re cum aduerſariis, BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXIII, *def.* 17. SAM. STRYCKIO, *not. ad Brunnem. concurſ. credit. cap.* V. §. 13. LVD. GVNTH. MARTINI, *proceſs tit.* XLII. §. 2. *num.* 20. et FRID. ES. PVFENDORFIO, *obſ. iur. vniu. tom* I. p. 540. AVG. LEYSERVS *ſpec.* CCCCLXXXV. *med.* IIII. *tom.* VIII. p. 512.

§. VIII.

Haud intereſt inter collectas ordinarias atque extraordinarias in iure praelationis; ſed ratione omnium fiſcus omnibus praecedit creditoribus hypothecariis.

Adfirmatur hac potiſſimum ob *L.* 1. *C. ſi propter publicam penſitat.* aliud autem ab aduerſariis ſtatui ſolet ob ſtrictam huius legis interpretationem ac differentiam, quae inter vtriusque generis collectas eſſe ſolet, ſi reſpicimus modum, quo indicuntur. Quondam fuit hac de re magna controuerſia inter iurisconſultos Saxonicos electorales ac ducales, ita, vt hi extraordinariis collectis ius praelationis denegarent cum CHRIST. PHIL. RICHTERO *de priuil. creditor. cap.* II. *membr.* V. *num.* 32.

32. illi vero iis omnino fauerent cum BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXVIII. *def.* 48. ac eorumdem caſtra ſequutus quoque eſt Io. SCHILTER, *ex. ad pand. ex.* XXXIV. §. 36.

§. IX.

Secundum ius Romanum fiscus hypothecam illam qualificatam, quam ratione tributorum habet ad omnia extendit debitoris bona.

Euidenter hoc liquet ex *L.* 1. *C. in quibus cauſſis pignus* ac *L.* 1. *C. ſi propter publicas penſitationes*, quum in priore *vniuerſorum*; in posteriore autem *omnium bonorum* mentio fit: qui vero solum simplicem fisco in bonis adsignant hypothecam, prouocant partim ad *L.* 1. *C. in quibus cauſſis*; partim ad *L.* 2. *C. de pignoribus.* Ex his nominamus Io. HENR. BERGERVM *electis disceptat. for. tit.* XXXXII. *obs.* 9. p. 1308. PAVL. LVDOV. SCHMIDIVM. diſſ. *de iure praelationis fiſco intuitu tributorum prae creditore hypothecario, cuius ſimul pecunia fundus eſt adquiſitus et cui dominium a venditore ceſſum*, competente: iis vero contradixerunt: BENED. CARPZOVIVS. *libr.* IV. *reſp.* 78. CHRIST. PHIL. RICHTER, *exerc.* XXXIII. *theſ.* 29. Io. SCHILTER, *ex.* XXXIII. *theſ.* 29. ac eorumdem caſtra ſequutus ſum in diſſ. *de pecunia in ſolutionem tributorum credita*, Ienae, CIↃIↃCCLXXXI. §. VIII.

§. X.

Ratione tributorum praecedit fiscus omnibus creditoribus hypothecariis, licet iam hypothecam ſuam nacti ſint; antequam ortum ſit debitum tributorum.

Vbi

Concludimus illud potiſſimum ex eo, quod generalis adſit lex, ſecundum quam publica pignora priuatis antecedunt, videlicet *L.* 11. *C. qui potiores pignore.* Quum nullam admittit diſtinctionem, neque illam facere debemus, in fauorem venditoris; qui vero credunt, ſufficere quoque extraiudicialem hypothecam, prouocant ad facultatem venditoris, ſub quibuscunque conditionibus res ſuas vendendi atque obligationem emtoris eas implendi, *L.* 13. *D. com. praed.* ac *L. vlt. C. de pactis inter emt. agnitam.* Pugnat hac de re cum aduerſariis, BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXIII, *def.* 17. SAM. STRYCKIO, *not. ad Brunnem. concurſ. credit. cap.* V. §. 13. LVD. GVNTH. MARTINI, *proceſs tit.* XLII. §. 2. *num.* 20. et FRID. ES. PVFENDORFIO, *obſ. iur. vniu. tom* I. p. 540. AVG. LEYSERVS *ſpec.* CCCCLXXXV. *med.* IIII. *tom.* VIII. p. 512.

§. VIII.

Haud intereſt inter collectas ordinarias atque extraordinarias in iure praelationis; ſed ratione omnium fiſcus omnibus praecedit creditoribus hypothecariis.

Adfirmatur hac potiſſimum ob *L.* 1. *C. ſi propter publicam penſitat.* aliud autem ab aduerſariis ſtatui ſolet ob ſtrictam huius legis interpretationem ac differentiam, quae inter vtriusque generis collectas eſſe ſolet, ſi reſpicimus modum, quo indicuntur. Quondam fuit hac de re magna controuerſia inter iurisconſultos Saxonicos electorales ac ducales, ita, vt hi extraordinariis collectis ius praelationis denegarent cum CHRIST. PHIL. RICHTERO *de primi. creditor. cap.* II. *membr.* V. *num.* 32.

32. illi vero iis omnino fauerent cum BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXVIII. *def.* 48. ac eorumdem caſtra ſequutus quoque eſt Io. SCHILTER, *ex. ad pand. ex.* XXXIV. §. 36.

§. IX.

Secundum ius Romanum fiscus hypothecam illam qualificatam, quam ratione tributorum habet ad omnia extendit debitoris bona.

Euidenter hoc liquet ex *L.* 1. *C. in quibus cauſſis pignus* ac *L.* 1. *C. ſi propter publicas penſitationes*, quum in priore *vniuerſorum*; in posteriore autem *omnium bonorum* mentio fit: qui vero solum simplicem fisco in bonis adsignant hypothecam, prouocant partim ad *L.* 1. *C. in quibus cauſſis*; partim ad *L.* 2. *C. de pignoribus.* Ex his nominamus Io. HENR. BERGERVM *electis disceptat. for. tit.* XXXXII. *obs.* 9. p. 1308. PAVL. LVDOV. SCHMIDIVM. diſſ. *de iure praelectionis fiſco intuitu tributorum prae creditore hypothecario, cuius ſimul pecunia fundus eſt adquiſitus et cui dominium a venditore ceſſum*, competente: iis vero contradixerunt: BENED. CARPZOVIVS, *libr.* IV. *reſp.* 78. CHRIST. PHIL. RICHTER, *exerc.* XXXIII. *theſ.* 29. Io. SCHILTER, *ex.* XXXIII. *theſ.* 29. ac eorumdem caſtra ſequutus ſum in diſſ. *de pecunia in ſolutionem tributorum credita*, Ienae, CIↃIↃCCLXXXI. §. VIII.

§. X.

Ratione tributorum praecedit fiscus omnibus creditoribus hypothecariis, licet iam hypothecam suam nacti sint; antequam ortum sit debitum tributorum.

Vbi

Concludimus illud potiſſimum ex eo, quod generalis adſit lex, ſecundum quam publica pignora priuatis antecedunt, videlicet *L.* 11. *C. qui potiores pignore.* Quum nullam admittit diſtinctionem, neque illam facere debemus, in fauorem venditoris; qui vero credunt, ſufficere quoque extraiudicialem hypothecam, prouocant ad facultatem venditoris, ſub quibuscunque conditionibus res ſuas vendendi atque obligationem emtoris eas implendi, *L.* 13. *D. com. praed.* ac *L. vlt. C. de pactis inter emt. agnitam.* Pugnat hac de re cum aduerſariis, BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXIII, *def.* 17. SAM. STRYCKIO, *not. ad Brunnem. concurſ. credit. cap.* V. §. 13. LVD. GVNTH. MARTINI, *proceſs tit.* XLII. §. 2. *num.* 20. et FRID. ES. PVFENDORFIO, *obſ. iur. vniu. tom* I. p. 540. AVG. LEYSERVS *ſpec.* CCCCLXXXV. *med.* IIII. *tom.* VIII. p. 512.

§. VIII.

Haud intereſt inter collectas ordinarias atque extraordinarias in iure praelationis; ſed ratione omnium fiſcus omnibus praecedit crediioribus hypothecariis.

Adfirmatur hac potiſſimum ob *L.* 1. *C. ſi propter publicam penſitat.* aliud autem ab aduerſariis ſtatui ſolet ob ſtrictam huius legis interpretationem ac differentiam, quae inter vtriusque generis collectas eſſe ſolet, ſi reſpicimus modum, quo indicuntur. Quondam fuit hac de re magna controuerſia inter iurisconſultos Saxonicos electorales ac ducales, ita, vt hi extraordinariis collectis ius praelationis denegarent cum CHRIST. PHIL. RICHTERO *de priuil. creditor. cap.* II. *membr.* V. *num.* 32.

32. illi vero iis omnino fauerent cum BENED CARP. ZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXVIII. *def.* 48. ac eorumdem caſtra ſequutus quoque eſt Io. SCHILTER, *ex. ad pand. ex.* XXXIV. §. 36.

§. IX.

Secundum ius Romanum fiscus hypothecam illam qualificatam, quam ratione tributorum habet ad omnia extendit debitoris bona.

Euidenter hoc liquet ex *L.* 1. *C. in quibus cauſſis pignus* ac *L.* 1. *C. ſi propter publicas penſitationes*, quum in priore *vniuerſorum;* in posteriore autem *omnium bonorum* mentio fit: qui vero solum simplicem fisco in bonis adsignant hypothecam, prouocant partim ad *L.* 1. *C. in quibus cauſſis;* partim ad *L.* 2. *C. de pignoribus.* Ex his nominamus Io. HENR. BERGERVM *electis disceptat. for. tit.* XXXXII. *obs.* 9. p. 1308. PAVL. LVDOV. SCHMIDIVM. diſſ. *de iure praelationis fiſco intuitu tributorum prae creditore hypothecario, cuius simul pecunia fundus eſt adquiſitus et cui dominium a venditore ceſſum,* competente: iis vero contradixerunt: BENED. CARPZOVIVS, *libr.* IV. *reſp.* 78. CHRIST. PHIL. RICHTER, *exerc.* XXXIII. *thes.* 29. Io. SCHILTER, *ex.* XXXIII. *theſ.* 29. ac eorumdem caſtra ſequutus ſum in diſſ. *de pecunia in ſolutionem tributorum credita*, Ienae, CIↃIↃCCLXXXI. §. VIII.

§. X.

Ratione tributorum praecedit fiscus omnibus creditoribus hypothecariis, licet iam hypothecam suam nacti sint; antequam ortum sit debitum tributorum.

Vbi

Concludimus illud potiſſimum ex eo, quod generalis adſit lex, ſecundum quam publica pignora priuatis antecedunt, videlicet *L.* 11. *C. qui potiores pignore.* Quum nullam admittit diſtinctionem, neque illam facere debemus, in fauorem venditoris; qui vero credunt, ſufficere quoque extraiudicialem hypothecam, prouocant ad facultatem venditoris, ſub quibuscunque conditionibus res ſuas vendendi atque obligationem emtoris eas implendi, *L.* 13. *D. com. praed.* ac *L. vlt. C. de pactis inter emt. agnitam.* Pugnat hac de re cum aduerſariis, BENED. CARPZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXIII, *def.* 17. SAM. STRYCKIO, *not. ad Brunnem. concurſ. credit. cap.* V. §. 13. LVD. GVNTH. MARTINI, *proceſs tit.* XLII. §. 2. *num.* 20. et FRID. ES. PVFENDORFIO, *obſ. iur. vniu. tom* I. p. 540. AVG. LEYSERVS *ſpec.* CCCCLXXXV. *med.* IIII. *tom.* VIII. p. 512.

§. VIII.

Haud intereſt inter collectas ordinarias atque extraordinarias in iure praelationis; ſed ratione omnium fiſcus omnibus praecedit creditoribus hypothecariis.

Adfirmatur hac potiſſimum ob *L.* 1. *C. ſi propter publicam penſitat.* aliud autem ab aduerſariis ſtatui ſolet ob ſtrictam huius legis interpretationem ac differentiam, quae inter vtriusque generis collectas eſſe ſolet, ſi reſpicimus modum, quo indicuntur. Quondam fuit hac de re magna controuerſia inter iurisconſultos Saxonicos electorales ac ducales, ita, vt hi extraordinariis collectis ius praelationis denegarent cum CHRIST. PHIL. RICHTERO *de priuil. creditor. cap.* II. *membr.* V. *num.* 32.

32. illi vero iis omnino fauerent cum BENED. CARP. ZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXVIII. *def.* 48. ac eorumdem caſtra ſequutus quoque eſt Io. SCHILTER, *ex. ad pand. ex.* XXXIV. §. 36.

§. IX.

Secundum ius Romanum fiscus hypothecam illam qualificatam, quam ratione tributorum habet ad omnia extendit debitoris bona.

Euidenter hoc liquet ex *L.* 1. *C. in quibus cauſſis pignus* ac *L.* 1. *C. ſi propter publicas penſitationes*, quum in priore *vniuerſorum*; in poſteriore autem *omnium bonorum* mentio fit: qui vero ſolum ſimplicem fisco in bonis adſignant hypothecam, prouocant partim ad *L.* 1. *C. in quibus cauſſis*; partim ad *L.* 2. *C. de pignoribus.* Ex his nominamus Io. HENR. BERGERVM *electis disceptat. for. tit.* XXXXII. *obs.* 9. p. 1308. PAVL. LVDOV. SCHMIDIVM, diſſ. *de iure praelationis fiſco intuitu tributorum prae creditore hypothecario, cuius ſimul pecunia fundus eſt adquiſitus et cui dominium a venditore ceſſum*, competente: iis vero contradixerunt: BENED. CARPZOVIVS, *libr.* IV. *reſp.* 78. CHRIST. PHIL. RICHTER, *exerc.* XXXIII. *theſ.* 29. Io. SCHILTER, *ex.* XXXIII. *theſ.* 29. ac eorumdem caſtra ſequutus ſum in diſſ. *de pecunia in ſolutionem tributorum credita*, Ienae, CIↃIↃCCLXXXI. §. VIII.

§. X.

Ratione tributorum praecedit fiſcus omnibus creditoribus hypothecariis, licet iam hypothecam ſuam nacti ſint; antequam ortum ſit debitum tributorum.

Vbi

religioſis ac *L. 4. C. de petit. hereditatis.* Quoniam medico ius illud praelationis in aliis morbis, quibus debitoris vitam feliciter conſeruauit, haud competit ideoque medicum, alii creditoribus, vbi hoc non eſt factum, praeferre iniquum videtur; praeterea autem *L. 4. C. de hered. petit.* ac *L. 3. C. de relig.* ſumtus in morbum deducere permittunt; haud tamen de iure praelationis loquuntur, diſſentiunt GEORG. AD. STRVVIVS, *ſynt inuis ciuil. ex.* XLIV. *theſ.* 56. HENR. BODINVS, *diſſ. de non praeferendis ſumtibus, in vltimo morbo expenſis* SAM. STRYCKIVS, *not. in Brunnemannum de concurſu creditorum, cap.* V p. 80. ac CHRIST. GOTTL. GMELIN in *der Ordnung der Gläubiger*, p. 92. ſed nobiscum conſentiunt: BENED. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* 28. *def.* 43. CHRIST. PHIL. RICHTER, *de iure et priu. creditorum, diſp.* IIII. *membr.* IIII. p. 93. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCLXXXII. *med.* I. AVG. DE BALTHASAR. *loc. memorat.* Io ANDR. HOFMANNVS, *in der deutſchen Reichsprax, tom.* II. §. 1270. ac HENR LAMPIVS *diſſ. de priuilegiis et iur. ſingularibus medicorum, ſect* I. *cap.* II. §. 22. aduerſariis autem adnumerare poſſumus V. C. DAN. HENR. HASENTIEN, *diſſ. de priuilegio medicorum creditorum in concurſu*, quam me praeſide CIↃIↃCCLXXIV. defendit, quum medicis quidem priuilegia, quibus in concurſu fruuntur, haud denegat; ea vero iure in ciuili fundata eſſe, non concedit.

§. III.

Vestes lugubres ad ſumtus funeris haud referri queunt, qui ex concurſu petuntur.

1) Si quis veſte lugubres, quibus mortem defuncti lugeret, comparauit, petit quidquam pro illis aut mercator

cator, a quibus eae ſunt comparatae; aut ille, qui eas emit. Prior non eſt creditor debitoris communis; ſed potius eius cognati, qui veſtes ſibi comparauit. hancque ob cauſſam nec poteſt reliquis creditoribus ſeſe adiungere; neque vero poſteriori competit ius repetendi eas impenſas, quas hoc nomine fecit. Quidquid 2) non corporis cauſſa condendi erogatur, nec ſub impenſarum funeris nomine comprehenditur, teſte *L.* 14. §. 6. et *L.* 37. *D. de religioſis et ſumtibus funerum*; de veſtibus autem lugubribus illud adſerere haud poſſumus. Argumentum, quo contraria ſententia corroboranda, non; niſi ex obſeruantia, licet maxime incerta ſit, peti ſolet ac diſſentiunt: Io. BRVNNEMANNVS, *de concurſu creditorum*, *cap.* 5. §. 14. IVST. HENNING. BOEHMERVS, *tom.* II. *part.* I. *conſultat.* 64. Io. HENRIC. BERGER, *elect. diſcept. for. part.* II. *ſupplem.* p. 852. et AVG. DE BALTHASAR, *loc. citat.* p. 31. nobis autem adſtipulatur SAM. STRYCK, *vſ. mod. libr.* XI. *tit.* II. §. 68. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCLXXXIV. *med.* 1. ac CHR GOTTL. GMELIN, in *der Ordnung der Gläubiger*, p. 90.

§. IV.

Pecunia hereditaria etiam ex ſententia iuris ciuilis ante omnia debita est ſoluenda.

Dominium reuiuiſcere et actionem realem, ſiue vindicationem producere poſſe, ſi conditiones haud implentur, ſub quibus illud tranſit, certum eſt hocque diſcimus ex *L.* 1. *D. de donat. quae ſub modo*, reuera autem id ſtatuere debemus in pecunia hereditaria, ſi coheres coheredi ratione portionis ipſi in fundo hereditario competentis haud ſatisfacit. Id quoque exiſtimant Io. BRVNNEMANNVS, *in concurſu creditorum*, p. 88.

STRVVIVS, *ex.* XLIII. *thes.* 46. AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCCLXXXIII. *med.* 1. ac FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obs. iuris vniuersi, tom.* 1. p. 284. et per id discedunt a LVD. GÜNTH. MARTINI *in processu tit.* XLII. §. 8. et HENR. HAHNIO; *ad Wesenbecium, tit. de priuil. cred. nr.* 2. qui priuilegium hoc saltem iuris Saxonici esse perhibent; rationem autem, cur id arbitrentur, non addunt.

§. V.

Priuilegio pecuniaa, in refectionem aedium creditae, iure meritoque etiam vtuntur opifices, quibus merces adhuc debetur.

Vbi eadem est legis ratio, ibi eadem est eius dispositio; ad opifices autem quadrare rationem L. 24. §. 1. *D. de rebus auctorit. iud. possid.* nemo negabit: qui vero aliter sentiunt, prouocant ad notionem *pecuniae*, quam vocabulum hoc sustinet in *L. 1. D. in quib. caussis pignus; vel hypothec.* neque minus ad rationem edicti, quum illam solum ad mutuum, in restitutionem aedium datum respicere opinantur ideoque priuilegium hoc opificibus denegandum esse putant. Ita sentiunt QVINT. SEPT. FLOR. RIVINVS, *enunc. tit.* XLIII. *en.* 40. IO. BALTH. WERNHER, *enunc. fori hod. part.* I. *en.* XXVIII. p. 110. ANT. A MARA, *de concursu, libr.* II. *tit.* V. §. 6. et *tit.* VI. §. 27. *tom.* ac GEORG. LVD. BOEHMERO, *elect. iuris ciuil. iur. exerc.* XII. §. 8. p. 386. Sed plures habet fautores sententia, in quam discessi, quamue copiosius exposui in *diss. de priuilegio pecuniae, in refectionem aedium creditae, sect.* II. §. 7. Nominasse inter eos sufficiat AVG. DE BALTHASAR, *collat. iuris communis cum iure Sax. Lubec. et Mecklenburg. qua classi-*

claſſificationem creditorum in concurſu, p. 209. et FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniuers. tom.* II. *obſ.* CLXX. p. 541.

§. VI.

Si quis in refectionem aedium pecuniam credidit hocque nomine in prima claſſe creditorum locum ſibi vindicat, demonſtrare debet, pecuniam reuera in illam quoque conſumtam fuiſſe.

Si debitor pecuniam non adhibuit in refectionem aedium, cauſſa ceſſat, cur creditori prae aliis ſatisfaciendum ſit: qui vero adfirmat, pecuniam ad id eſſe adhibitam, factum adſerit, quod ipſi eſt probandum. Aliud quidam colligere volunt ex *L. fin pr. D. de exercitor. act.* ſed, quod ego ſtatuo, docent, ANDR. GAILIVS, *libr.* II. *obſ.* 12. AVG. BERLICHIVS, *part.* I. *concluſ.* 65. *num.* 134. BEN. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* 28. *def.* 206. Io. BRVNNEMANNVS, *ad L.* 5. *C. qui potior. in pignore.* IAC. FRID. LVDOVICI, *in dem Concursproceſs, cap.* 10. p. 75. et AVG. DE BALTHASAR, *de claſſificatione creditorum*, *part.* II. *ſect.* 11. p. 40. ac diſcedunt ab aduerſariis, IAC. CVIACIO, *ad l. fin. pr. de exerc. act.* DAV. MEVIO, *part.* V. *dec.* 84. *num.* 2. ac VLR. HVBERO, *praelect. iuris ciuil. libr.* XX. *tit.* II. *tom.* III. p. 17. Quae tradidi, copioſius expoſui *in diſſ. de priuilegio pecuniae in refectionem aedium creditae*, Ienae CIↃ IↃCCLXXI.

§. VII.

Si venditor ob pretium, quod reſtat, in prima claſſe locum occupare vult, iudiciali hypotheca munitus eſſe debet.

Con-

Concludimus illud potiſſimum ex eo, quod generalis adſit lex, ſecundum quam publica pignora priuatis antecedunt, videlicet *L.* 11. *C. qui potiores pignore.* Quum nullam admittit diſtinctionem, neque illam facere debemus, in fauorem venditoris; qui vero credunt, ſufficere quoque extraiudicialem hypothecam, prouocant ad facultatem venditoris, ſub quibuscunque conditionibus res ſuas vendendi atque obligationem emtoris eas implendi, *L.* 13. *D. com. praed.* ac *L. vlt. C. de pactis inter emt. agnitam.* Pugnat hac de re cum aduerſariis, BENED. CARPZOVIO, *part.* 11. *conſt.* XXIII, *def.* 17. SAM. STRYCKIO, *not. ad Brunnem. concurſ. credit. cap.* v. §. 13. LVD. GVNTH. MARTINI, *proceſs tit.* XLII. §. 2. *num.* 20. et FRID. ES. PVFENDORFIO, *obſ. iur. vniu. tom* I. p. 540. AVG. LEYSERVS *ſpec.* CCCCLXXXV. *med.* IIII. *tom.* VIII. p. 512.

§. VIII.

Haud intereſt inter collectas ordinarias atque extraordinarias in iure praelationis; ſed ratione omnium fiſcus omnibus praecedit creditoribus hypothecariis.

Adfirmatur hac potiſſimum ob *L.* 1. *C. ſi propter publicam penſitat.* aliud autem ab aduerſariis ſtatui ſolet ob ſtrictam huius legis interpretationem ac differentiam, quae inter vtriusque generis collectas eſſe ſolet, ſi reſpicimus modum, quo indicuntur. Quondam fuit hac de re magna controuerſia inter iurisconſultos Saxonicos electorales ac ducales, ita, vt hi extraordinariis collectis ius praelationis denegarent cum CHRIST. PHIL. RICHTERO *de priuil. creditor. cap.* II. *membr.* V. *num.* 32.

32. illi vero iis omnino fauerent cum BENED. CARP. ZOVIO, *part.* II. *conſt.* XXVIII. *def.* 48. ac eorumdem caſtra ſequutus quoque eſt Io. SCHILTER, *ex. ad pand. ex.* XXXIV. §. 36.

§. IX.

Secundum ius Romanum fiscus hypothecam illam qualificatam, quam ratione tributorum habet ad omnia extendit debitoris bona.

Euidenter hoc liquet ex *L.* 1. *C. in quibus cauſſis pignus* ac *L.* 1. *C. ſi propter publicas penſitationes*, quum in priore *vniuerſorum*; in poſteriore autem *omnium bonorum* mentio fit: qui vero ſolum ſimplicem fisco in bonis adſignant hypothecam, prouocant partim ad *L.* 1. *C. in quibus cauſſis*; partim ad *L.* 2. *C. de pignoribus.* Ex his nominamus Io. HENR. BERGERVM *electis disceptat. for. tit.* XXXXII. *obs.* 9. p. 1308. PAVL. LVDOV. SCHMIDIVM. diſſ. *de iure praelationis fiſco intuitu tributorum prae creditore hypothecario, cuius ſimul pecunia fundus eſt adquiſitus et cui dominium a venditore ceſſum*, competente: iis vero contradixerunt: BENED. CARPZOVIVS, *libr.* IV. *reſp.* 78. CHRIST. PHIL. RICHTER, *exerc.* XXXIII. *theſ.* 29. Io. SCHILTER, *ex.* XXXIII. *theſ.* 29. ac eorumdem caſtra ſequutus ſum in diſſ. *de pecunia in ſolutionem tributorum credita*, Ienae, CIↃIↃCCLXXXI. §. VIII.

§. X.

Ratione tributorum praecedit fiſcus omnibus creditoribus hypothecariis, licet iam hypothecam ſuam nacti ſint; antequam ortum ſit debitum tributorum.

Vbi

Vbi lex non diſtinguit, nec nos diſtinguere debemus; verumenimuero *L.* 1. *C. inquibus cauſſis pignus* ac *L.* 1. *C. ſi propter publicas penſitat* indiſtincte prae omnibus fisco ſolutionem ex bonis debitoris adſignat: aliud vero ex L. 2. C. *ſi propter publicas penſitat.* colligitur Aliud ſtatuunt BENED. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* 28. *def.* 48. et *libr.* IIII. *reſpons. tit.* X. *reſp.* 77 CASP. KLOCKIVS, *tract. de contribut. cap.* 18. *num.* 6, CHRIST. PHIL. RICHTER, *de iure et priuileg. creditor. diſſ.* V. p. 110, ſed ab iis diſcedi *diſſ. ſupra memorata.*

§. XI.

Quibus debitor annuos canones, praediis ipſius inhaerentes, debet, iis prima in claſſe locus competit.

Liquet hoc ex eo, quod ius canonem poſcendi dominio in directo ſit fundatum, quod creditori in praedio debitoris competit, hocque nullo aere alieno ipſius in praeiudicium onerari potuit. Neque minus id colligimus ex *L.* 17. *D. de pigneratit. actione.* qua SEVERVS atque ANTONINVS reſcripſerunt, *vt eiusmodi fundi ſaltem ſine deminutione mercedis ſoli obligarentur.* qui vero illius oneribus locum hunc in prima claſſe denegant, dum cenſent, id ideo ſtatuunt, quod iure ciuili eiusmodi penſionibus tacita ſolum hypotheca absque praelatione ſit tributa, *L.* 31. *D. de pignor. L.* 1. *D. in quib. cauſis pignus* ac *L.* 15. *D. qui pot. in pignor* Diſputant hac de re Io. SCHILTERVS, *ex.* XXXVIII. *§.* 96. FRID. CAR. BVRI, *ad Schilter.* p. 767. DAV. GEORG. STRVBEN, *de iure villicor. cap.* IV. §. 9. Io. CHR. HENR. DE SELCHOV *in el. iur. Germ.* §. 358. et CAR. HENR. GEISLER, *de hypotheca tacita domini ex cauſſa canonis emphyteutici*, Erlangae CIↃIↃCCLXXIII.

§. XII.

§. XII.

Laudemia prima in claſſe ex iure communi ſunt locanda.

Qui laudemium petit, iure dominii directi id petit, quod ipſi in rem competit, quam poſſidet debitor, quum huic iuri nullo modo praeiudicium inferri potuit debitis quae contraxit, reliquis creditoribus merito antecedit. Controuerſia quondam hac de re fuit inter iurisconſultos Saxonicos ducales atque electorales, quemadmodum animaduertit Io. SCHILTER *prax. iuris Romani*; *ex.* XLVI. *theſ.* 41. p. 81.

§. XIII.

Si quis hypotheca tacita qualificata fruatur, eam perdit, etſi expreſſam ſibi conſtituendam curat; neque illam reſeruat.

Reuera nouatio hoc loco procedit, quae ius anterius exſtinguit; neque minus illud patet ex *L.* 11. *C. de pact. conuent.* Huic autem theſi opponi ſolet, quod renunciatio non praeſumenda ac ſtricte interpretanda. ANT. FABER *error. pragm. dec.* VI. *error* I. noſtram defendit ſententiam, a qua alienus exiſtit WESTPHAL, *loc. memorat.*

§. XIV.

Vxor ratione dotis creditoribus hypothecariis antiquioribus praefertur, ſiue habeant hypothecam tacitam; ſiue expreſſam.

1) Ex ſanctione IVSTINIANI, L. 12. §. 1. *C. qui potiores in pignore* actio ex ſtipulatu, quam ad repetendam vxoribus dedit dotem, potiora iura iis tribuit contra omnes mariti creditores, licet anterioris ſint temporis priuilegio vallati. Clarius adhuc *2)* imperator L. 30. *C. de iure dotium*, vxorem dotem repetentem omnibus hypothecariis praefert: neque minus *Nou.* XCVII. *cap.* 2. mulieribus honorabiliora adſignat iura contra antiquiores hypothecas. Tandem meminit vxorum *Nou.* CVIIII. *cap.* 1. et omnibus illas praeponi creditoribus ſcribit, ſine vlla diſtinctione ac delectu; ii vero, qui antiquioribus fauent creditoribus, prouocant ad id, quod L. 12. *D. qui potiores in pignore* ſub creditoribus anterioris temporis priuilegio vallatis ii, qui expreſſam habeant hypothecam, haud comprehendantur: vxor et fiſcus paria habeant iura ſecundum *L. 2 C. de priuileg. fiſci* hicque antiquioribus creditoribus haud praeferatur *L.* 8. *D.* et *L.* 4. *C. qui adiu in pignore*: ac nemo iure ſuo quaeſito priuari poſſit. Neque minus pro ſe adlegant *L.* 29 *C. de iur. dot.* Illuſtris profecto eſt quaeſtio, quae inter gloſſatores iuris ſatis celebres, videlicet BVLGARVM et MARTINVM fuit agitata. Recentiori tempore lis denuo eſt reſuſcitata inter duos adſeſſores camerae imperialis, videlicet IOACH. MYNSINGERVM, *libr.* IV. *obſ. cap.* XV. et ANDR. GAILIVM, *libr.* II. *obſ. cap.* 25. Ille nobiscum facit; hic autem aduerſariam tuetur ſententiam quumque illius caſtra ſunt ſequuti ANDR. FACHINAEVS, *controu. iur. libr.* III. *cap.* 89. BENED CARPZOVIVS *part.* I. *conſt.* XXVIII. *def.* 65. HELF. VLRIC. HYNNIVS, *reſolut. iur, libr.* III. *tract.* III. *part.* V. *quaeſt.* 4. ANT. GVIL. COSTANVS, *tract. de dote. cap.* VII. p. 692. FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniuerſi, tom.* II. *obſ.* 122 TOB. IAC. REINHARDVS, ad

ad *Chriſtinaei decis. vol.* IV. *obs.* 60. ALB. PHIL. FRICK, *de debitoris demortui creditoribus hypothecariis, ad ſeparationis beneficium admitt.* Helmſtadii, cIↃIↃCCLXXXIII. huius in partes diſceſſerunt MATTH. COLERVS, *part.* I. *dec.* 57. *num.* 6. et *de proceſſu executiuo part.* I. *cap.* 2. *num.* 186. ANT. NEGVSANTIVS, *de pignor. et hypothecis, part.* II. *membr.* IV. *num.* 94. GEORG. AD. STRVVIVS, *exerc.* XLIV. *theſ.* 49. *tom.* III. p. 264. AVG. LEYSERVS *ſpec.* XIII. *med.* 2. ac Io. HENR. BERGER, *oecon. iur. libr.* II. *tit.* V. §. 4. *num.* 1. HENR. CHRIST. SENCKENBERG, *de iure ac priuilegio dotium illatorumque in concurſu creditorum*, Gieſſ. cIↃIↃCCXXX.

§. XV.

Quae iure vxori competunt ratione dotis in concurſu, ea nec deneganda ſunt ipſius liberis.

Quum vxor ius reale in bonis mariti habet, illud ſine dubio ad liberos transfert. Si liberi eodem iure haud frueretur: ſecundum legem IVSTINIANI, *L. vlt. C. qui pot. in pign.* ac *Nou.* XCI. haud eſſent praeferendi vxori ſecundi matrimonii; ſed clare hac in re liberis prioris matrimonii proſpicitur. ANT. FABER, *coniect. libr.* VIII. *cap.* XIII. aliud docet, propterea quod *L. vn. C. de priu. dotis*, quae ipſi perſonae mulieris, licet pro dote, tributa ſint, in ipſius heredes tranſire non patiatur; ſed notatur quoque hoc nomine ab ERH. CHR. WESTPHAL, *in dem Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämmtlichen Römiſchen Geſetze vom Pfandrecht, cap.* IV. p. 136.

§. XVI.

Etiam in bonis poſt contractum fiſci quaeſitis vxor ratione dotis praefertur fiſco.

Clarum eſt atque euidens, mulierem ratione dotis omnibus eſſe praeferendam; leges autem, quae fiſco in bonis poſt contractum quaeſitis hypothecam concedunt, per id mulierem haud poſtponunt. Ne ſyllaba quidem adeſt, quae hac in re faueret fiſco in *L.* 28. *D. de iure fisci* *), quum non vxori; ſed alii creditori hypo-

*) Quum hoc loco mentionem facio *L.* 28. *D. de iure fisci*: duplicem controuerſiam in memoriam merito reuocamus, quae hac ex lege eſt orta. Quum prior inter iurisconſultos eſt agitata de diſſidio, quod inter illam eſſe videtur ac effatum SCAEVOLAE in *L. vlt. pr. D. qui potiores in pignore*, plerique negant repugnantiam inter vtramque legem; ſed diuerſis ſolum modis eas conciliant. Quoniam fines mihi praeſcriptos nimium transgrederer, ſi ſingulas recenſere vellem coniecturas, quas proferunt; breuitatis cauſſa lectores ablego ad eas, quae hac de re tradunt praeter ACCVRSIVM, BVSIVM, NEGVZANTIVM atque EVERARD. BRONCHORSTIVM IAC. CVIACIVS *libr.* X. *obs. cap.* XXXI. ANTON. FABER, *libr.* II. *coniecturar. cap.* X. FRANC. CONNANVS, *libr.* IV. *cap.* 17. *num.* 7. LVD. VITALIS, *libr.* II. *var. lect. cap.* 20. omnibus vero his reſtagatur EVER. OTTO, in *Papiniano*, *cap.* XI. p. 327. ac reuera PAPINIANVM a SCAEVOLA diſceſſiſſe putat. Quum illud potiſſimum ſtatuit, vt quoque hac lege demonſtret, PAPINIANVM haud ſemper caſtra praeceptoris ſui eſſe ſequutum: prius eius coniecturam haud amplecti debemus, quam ſi haud nobis relicta eſt via oſtendendi, vtrumque iuriſconſultum de diuerſis loqui. Eo magis id eſt neceſſarium, quum neceſſitatem nobis impoſitam videmus numerum antinomiarum augendi, quae tamen nunquam ſunt praeſumendae quumque feliciter quoque duo haec loca conciliare poſſumus, ſi conſideramus, SCAEVOLAM ne verbum quidem proferre de bonis, quae poſt contra-

pothecario ſimplici fiſcum praeferendum eſſe ſtatuit. His quum accedit, quod in *L.* 8. et *L. fin. D. qui*

po-

tractum cum fisco initum sint inita: neutiquam OTTONE hac in re adhaerere possumus; sed existimamus potius, PAPINIANVM, nullo modo per ea, quae iam tradidit, improbare voluisse SCAEVOLAE sententiam; sed hanc cum ea, quam discipulus ipsius hoc loco profert, commode conciliari posse. Altera controuersia veram rationem tangit, cur PAPINIANVS in lege adlegata statuat, *praeuenire fiscum causſam pignoris*, si is, qui mihi obligauerat, *quae habet habiturusque esset*, cum fisco contraxerit hancque ob causſam sciendum esse, *in re postea adquisita fiscum potiorem esse debere.* Tam antiquiori tempore; quam recentiori hac de re prudentes litigarunt. Quum superioribus seculis FRANC. CONNANVS, *libr.* IV. *cap.* 17. *num.* 7. singulari ex priuilegio fisco competente id, quod PAPINIANVS tradat, derivat hocque etiam BENED. CARPZOVIVS putat *resp. elect. libr.* XV. *tit.* II. *resp.* 14. iis alii refragantur; ea tamen ratione, vt, quum quidem supponant, contractum cum fisco iam initum fuisse, vbi is, qui cum ipso contraxerat, tertio obligaret bona, quae haberet ac habiturus esset: ab his iterum dissident, qui potius fisci contractum sequutum esse oppignerationem illam et solum ideo in rebus post contractum adquisitis fiscum praeferunt, quod dum fiscus contrahit, iam in rebus illis pignus habere incipiat; antequam generale illud pignus ad illas sese extendere queat. Quum eorum in censum veniunt GVIL. FORNERIVS *libr.* II. *select. cap.* 24. *tom.* II. *thes. iuris Romani* EV. OTTONIS, p. 74. ac FOPPIVS AB AERTZEMA, *dissertat. iuris ciuilis libr.* I. *cap.* 4. *tom.* VI. *thes. iuris ciuil. ac canonici* GERH. MEERMANNNI, p. 807. quoniam geminationem hoc loco supponendam esse statuunt ac particulam *cum* ita repetendam esse credunt: *si qui mihi obligauerat, quae habet habiturusque esset, cumcum fisco contraxerit*: horum dux atque antesignanus est ANTON. FABER, *libr.* II. *coniecturar. cap.* II. p. 60. Reuiuiscebat haecce lis nostra aetate, quum iurisconsultus Halensis, ERN. CHRIST. WESTPHAL, den *Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämtlichen Römiſchen Geſetze vom Pfandrecht*, Halae, ann. ɔlɔlɔɔɛlxx. in lucem emitteret atque ibi, cap. VII. p. 242.

potiores in pignore traditur, fiſcum haud praeferendum eſſe in vllis bonis iis, quibus generatim antea iam ea fuerunt obli-

iis accederet, qui ſupponunt, fiſci contractum, de quo loquitur VLPIANVS, oppignoratione bonorum praeſentium ac futurorum tertio facta antreceſſiſſe hocque ſtatuendum eſſe crederet, licet coniecturam de geminatione, quam quidem foueret, haud amplecteretur. Haud multo poſt ſurrexit IO. AVG. HELFELDIVS, diſſ. *de hypotheca fiſci in bonis poſt contractum adquiſitis*, Ienae, CIↃIↃCCLXXI. atque ab WESTPHALIO aeque ac CARPZOVIO diſceſſit; ſed potius ipſorum opinionibus ſententiam FABRI praetulit; per id vero effecit, vt cauſſam CARPZOVII ageret AVG. FRID. SCHOTTVS, diſſ. *de vera cauſſa praerogatiuae fiſci in bonis a debitore poſt contractum adquiſitis* CIↃIↃCCLXXII. ac HELFELDII praecepta refutaret. Haec defendit IO. BERNH. CHRIST. EICHMANNVS, *in der Abhandlung von dem Pfandrecht des Fiſcus in den Güthern desjenigen, mit welchem er einen Vertrag eingegangen, worinnen die in der unter dem Vorſitz des Herrn Prof. Schotts vertheidigten Streitſchrift gegen den Herrn geheimen Regierungsrath Helfeld angenommene Meinung widerlegt wird*, Francof. et Lipſiae CIↃIↃCCLXXIII. ac *in der Erläuterung meiner Abhandlung vom Pfandrechte des Fiſcus an den Güthern desjenigen, mit welchem er einen Vertrag eingegangen hat, wodurch zugleich die von dem Herrn Prof. Schott gegen dieſelbe erregten Zweifel widerlegt werden*, Francof. et Lipſiae, CIↃIↃCCLXXIV. ERNESTVS vero CHRIST. WESTPHALIVS contra argumenta HELFELDII ſententiam ſuam denuo confirmare ſtuduit *in der rechtlichen Beſtärkung der Meynung, daß Herrſchaftliche Forderungen aus einem Vertrage zwar mit einer ſtillſchweigenden doch nicht privilegirten Hypothec verſehen ſind.* Halae, CIↃIↃCCLXXVIII. ſed nouum aduerſarium nactus eſt in AVG. FERDINANDO HVRLEBVSCHIO in *vindiciis doctrinae de priuilegio fiſci in bonis eorum, quibus contraxit, poſt contractum adquiſitis, ad L.* 21. *D. qui pot. in pignore et L.* 28. *D. de iure fiſci* Brunsuic. CIↃIↃCCLXXIX. Si omnia haec, quae litteratiſſimi hi viri proferunt, paullo caratius conſidero: nullo modo ſtatuere poſſumus, memorare hoc loco PAPINIANVM ius ſingulare et, ſi quoque ſine dubio reſpexerit ad conſtitutionem Antonini, ni-

obligata, eo magis id planum fit; nihilo tamen minus sunt, quibus aliud placet, quod fiscus praeueniat causſam pignoris secundum *L.* 28. *D. de pign.* hocque etiam ad vxorem hypothecam qualificatam sit adplicandum ac non minus fisco faueat *L.* 2. *C. de priuil. fisci.* Iac. Frid. Ludovici, *im Concursproceſs, cap.* x. p. 76. vxori tantum eatenus fiscum praefert, quatenus iam tempore illatae dotis hanc hypothecam habuit. Io. Brvnnemannvs, *de concurſu creditorum, cap.* v. fiscum intuitu horum bonorum indistincte praefert; neque vero minus Ant. Faber. *libr.* II. *coniecturar. cap.* 10. Dav. Mevivs, *ad ius Lubec. libr.* III. *tit.* 1. *art.* 12. Iac. Cviacivs, *libr.* x. *obs.* 12. Frid. Es. Pvfendorfivs, *obs. iur.*

nimirum *L.* 7. *C. de priuil. fisci* ac ex ea loquendi formulas muruatus sit, quae hoc loco ab ipso adhibentur, ad eam haud prouocat, quum de eo loquitur, quod est *constitutum.* Neque hoc documentum nobis praebet, singulare hoc loco proponi priuilegium; vbi vero definire volumus, quomodo Papinianvs, quod profert, ex principiis iuris generalis colligere potuerit, libens concedo, rationem facillime esse eruendam, si contractus fisci praecesserit alteram oppignerationem; sed hoc haud persuasum habere possum. Geminationem hoc loco latere, sine rationibus adsumere haud audeo et si illam missam facere debemus, coniecturae Westphalii obstat partim differentia satis nota inter perfectum ac plusquamperfectum, qua profecto iurisperiti antiquiores haud supersederunt; partim descriptio rei, in qua fiscum potiorem esse adfirmatur, *quod sit res postea adquisita*; siue ea, quae post contractum fisci sit comparata: hoc vero posito, ego quoque in Fabri ac Hellfeldii sententiam discedo ideoque fiscum causſam pignoris praenenire statuo, quod ille tacitam eamque generalem habeat hypothecam haecque efficiat, vt, si iam debitor rem sibi adquirit, eo momento, quo id fit, iam fisco obligatur; ideoque iam ipsi est obligata, vbi alterius hypotheca generalis expressa eius post adquisitionem ad illam extenditur.

vniu. tom. III. *obſ.* XIII. p. 34. atque alii fiſco fauent; ſed iis repugnant ac nobiscum faciunt: GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XLIV, *theſ.* 49. tom. III. p. 262. ANT. MATTHAEI, *de indiciis, cap.* XIX. *num.* 42. VLR. HVBERVS, *praelect. iuris ciuilis libr.* XX. *tit.* IV. §. 16. AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCXIX. *med.* 4. ERN. CHR. WESTPHAL, *in dem Verſuch einer ſyſtematiſchen Erläuterung der ſämtlichen Röm. Geſetze vom Pfandrecht*, p. 242. ac RVD. CHRIST. HENNE, *de iure fiſci et hypotheca tacita in bonis adminiſtratorum rerum fiſcalium competente*, Erford. CIↃIↃCCLXIX. quibus IO. SAM. STRYCKIVM, *de praelatione datis et fiſci mutua in concurſu creditorum*, Hal. CIↃIↃCCII. iungas. Ceterum de hypotheca fiſci in bonis poſtea adquiſitis recentiori tempore diſputauit IO. AVG. HELLFELDIVS, *diſſ. de hypotheca fiſci in bonis poſt contractum adquiſitis*, quae Ienae CIↃIↃCCLXXI. adparuit.

§. XVII.

Si quis locari cupit in ſecunda claſſe ideo, quod ad emendam rem pecuniam credidit, ſpecialem habere debet hypothecam; neque generalis ſufficit.

Conſtat hoc clare ex *L.* 5. et 6. *D.* ac *L.* 7. *C. qui potiores in pignore*; nihilominus tamen hac de re diſſentiunt iurisconſulti. Quum LAC. GOTHOFREDVS, optimus ille iuris interpres, hac in re paruum eſt conſtans et ſibi ipſe contradicit, quemadmodum ex iis liquet, quae ad *L.* 5. *D. qui pot. in pign.* ac *L.* 17. *C. de pign.* protulit. ſi illa inter ſe comparare volumus: CHRIST. PHIL. RICHTERVS, *de priuil. credit. ſect.* III. *nr.* 2. ac IO. BRVNNEMANNVS, *in proceſſu concurſus creditorum*,

rum, *cap.* v. §. 40. partim ob *Nou.* 97. *cap.* 5. partim ob id, quod cautum L. 17. *C. de pignor.* L. 7. *C. qui potior.* ac *L.* 6. *C. de rei vindicat.* generalem hypothecam sufficere statuit; verumenimuero dissentiunt ab illis Io. SCHILTERVS, *ex.* XXXIII. §. 42. AVG. LEYSERVS, *spec.* CCCCLXXXV. *med.* 3. AVG. DE BALTHASAR, *de classificatione creditorum, part.* II. *sect.* II p. 68. WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colleg. theor. practic. tom.* III. *libr.* XLII. *tit.* V. p. 418. ALB. PHIL. FRICKIVS, *de iuribus illius, qui alteri ad emendum credidit*, Helmst. cIↃIↃCCLXXI et Io. CHR. KOCH, *diss. de pecunia ad emendum credita priuilegiata; vel non priuilegiata*, Giess. cIↃ IↃCCLXXII.

§. XVIII.

Si creditor ante motum concursum scit, debitorem haud soluendo esse eamdemque ob causam; sine fraude tamen, vt aliis creditoribus praecedat, pignus; vel hypothecam sibi adquirit; aut priuata iam hypotheca est munitus et super illa publicum instrumentum conficiendum curat: eo nomine a reliquis creditoribus actione Paulliana non conueniri nequit.

1) Si conuentio, quam debitor obaeratus ante motum concursum celebrat, est onerosa: ea prius impugnari haud potest; quam si ex vtriusque parte fraus adsit, vti constat ex L. 6. §. 8. L. 10. §. 2. et 4. D. ac *L.* 5. *C. quae in fraudem creditorum;* vbi vero hoc supponimus, merito ex hoc praecepto id, quod iam tradidi, colligimus, propterea quod conuentio, de qua iam loquor, inter conuentiones onerosas, siue sit contractus pigneratitius, siue pactum hypothecae praetorium

Digitized by Google

fine dubio numeratur et quidem illa non facile cogitari poteſt; niſi quoque creditor ſciat, ſoluendo non eſſe debitorem eumque in finem ſecuriorem ſe reddere ſtudet; verum tamen hoc ipſum fraudis participem haud facit ſecundum *L.* 6. §. 7. *D. quae in fraudem creditorum*; aliam autem fraudem ab ipſo abeſſe ſupponimus. 2) Si debitor obaeratus valide poteſt creditori ſoluere, quod debet, quamdiu eius bona haud ſunt poſſeſſa; neque minus, vt ſoluat, valide quoque poteſt emere, licet per id aliis creditoribus praeiudicium inferat, fine dubio quoque poteſt creditori, vt ſecurum eum praeſtet, rem oppignerare; vel hypothecam denuo confirmare. Propoſitio haec in promtu eſt, ſi a maiori ad minus valet conſequentia et, quaenam cognatio ſit inter oppignerationem atque ipſam alienationem, conſideratur; antecedens autem eius membrum iterum patet ex citata *L.* 6. §. 7. *D. quae in fraudem creditorum.* 3) Clare hoc probat SCAEVOLA in *L.* 22. *D. quae in fraudem creditorum*, quum clare diſtinguit, vtrum factum ſit in fraudem reliquorum creditorum, quum vnus creditor in vetus creditum pignora accepit; an hoc modo id haud contigerit creditoremque a perſecutione pignorum haud prohibendum eſſe tradit, vbi in fraudem creditorum illa haud accepit. Quoniam aliud placuiſſe videtur VLPIANO *L.* 10. §. 13. *D. quae in fraudem creditorum*: euenit, vt magna diſcordia inter iurisconſultos hac de quaeſtione orta ſit. Quum contrariam tuentur ſententiam Io. A SANDE, *decis. Friſicarum, libr.* III. *tit.* XIII. *def.* 1. Io. BRVNNEMANNVS, ad *L.* 22. *D. quae in fraudem creditor.* WOLFG. AD. LAVTERBACHIVS, *colk. theor. practic. tom.* III. *libr.* XLII. *tit.* VIII. *thes.* 18. p. 449. ac GEORG. AD. STRVVIVS, *ſyntagm. iuris ciuilis tom.* III. *ex.* XLIV. *thes.* 80. noſtram ſententiam amplectuntur ve-

tus

tus gloſſator ad *L.* 10. §. 13. *D. quae in fraudem creditor.* DION. GOTHOFREDVS, ad *L.* 13. *D. eiusd. tit.* Io. HENR. BERGERVS, *oecon. iuris libr.* 11. *theſ.* 34. *not.* 20. ac AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCXCV. *med.* 7. ſq. SANDIVS refert, *loc. mem.* curiam Friſiorum ſupremam hac in quaeſtione ſuo tempore ita ancipitem exſtitiſſe ac dubiam, vt ſententiam, quam vno anno eſſet amplexa, ſequenti relinqueret et aduerſariorum caſtra ſequeretur. STRVVIVS quoque noſtrae accesſit ſententiae in *Gothofredi imio* p. 369. hocque nuperrime factum ab ordine iuriſconſultorum Ienenſi in ſententia verſus Guſtrouium lata men. Febr. cIↃIↃCCLXXXX. in cauſſa *des Hofr. Roennbergs als mandatarii der verwitweten Reutervin und Conſ. contra die eingetragenen Viereggiſchen Glaubiger.*

§. XIX.

Qui ſolum creditori hypothecario ſoluit, quod debitor communis debuit, eo nomine locum inter hypothecarios creditores poſcere haud potest.

Quod ius mihi haud eſt conceſſum, eo etiam vti non poſſum. Eiusmodi creditori ius haud eſt conceſſum ideoque etiam illo vti non poteſt; aliud tamen ab aduerſariis colligitur ex *L.* 21. *D. de reb. credit.* ac *L.* 24. §. *vlt. D. de rebus auctor. iud. poſſid.* Litigant hac de re DAV. MEVIVS, *part.* IIII. *deciſ.* 214. PETR. MVLLERVS, *ad Struu. exerc.* XXVI. §. 34. HERM. HENR. DE ENGELBRECHT, *obſ.* LVI. *not.* 3. p. 309. Io. BRVNNEMANNVS, *comm. ad L.* 24. *D. de rebus auctor. iud. poſſidendis* BEN. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* XXVIII. *def.* 133. et Io. ANDR. HOFMANNVS, *in der teutſchen Reichspraxi, tom.* II. *cap.* 58. p. 91.

§. XX.

Competit liberis ob pecuniam lustricam

hypotheca tacita ideoque locus in tertia classe creditoruin.

Habent liberi in patris sui bonis ob res suas, ab ipso administratas, pignus tacitum ideoque etiam ob pecuniam lustricam, si illam pater accepit, *L.* 6. §. *vlt. C. de bonis, quae liberis;* neque vero minus id colligimus ex *I.* 20. *C. de administrat. tutorum.* Denegant hoc ius, quoniam hypothecam IVSTINIANVS in *L.* 6. §. 4. *C. de bonis, quae liberis* ad bona materna restringit, REINH. BACHOVIVS, *de pignor. libr.* 1. *cap.* 9 §. 8. FERD. CHRIST. HARPRECHTVS, *in scrutinio octodecim. hypothecar. spuriar.* §. XV. ac AVG. DE LEYSER, *spec.* CLXVI. *med.* 2. *et* 3. sed pro nostra pugnant sententia: BEN. CARPZOVIVS, *part.* 1. *const.* 28. *def.* 113. DAV. MEVIVS, *part.* IX. *decis.* 63. Io. SCHILTERVS, *institut. iuris canonici, libr.* II. §. 24. Io. BRVNNEMANNVS, *in iur. ecclesiast. libr.* II. *cap.* 1. *med.* II. §. 13. ac *proces. concurs. cap.* V. §. 51. SAM. STRYCKIVS, *de vs. moderno, libr.* XX. *tit.* II. §. 10. IVST. HENN. BOEHMERVS, *in iur. ecclesiast. part.* III. *tit.* XLII. §. 47. Io. BALTHAS. WERNHERVS, *de hypotheca tacita propter pecuniam lustricam.*

§. XXI.

Secundum ius ciuile liberi solum ob bona materna et quae sunt materni generis tacita fruuntur hypotheca.

Clare denegatur liberis hypotheca haec ob alia bona *L.* 6. §. 2. *C. de bonis, quae liberis;* neque minus id haud obscure significatur *L.* 6. §. 4. *C. eiusdem tit.* Quoniam quidam concludendum esse credunt ab vno genere bonorum ad aliud, ac praeterea in foro ita concluditur, SAM. STRYCKIVS ad *Lauterbach.* p. 405. ac

LVD.

Lvd. Gvnth. Martini, ad *ordinat. proceſſus Saxonicam tit.* xiv. aliud exiſtimant; ſed noſtra ſententia nititur Petr. Müllери, ad *Strum. ex.* xxvi, *theſ.* 15. Goswin. Esbachii, *ad Carpzou. part.* i. *conſt.* 23. *def.* 113. Io. Iac. Wissenbach ad *L.* 6. *C. de bonis, quae liberis*, §. 2. ac Io. Avg. Hellfeld, de *diuerſo pignoris iure liberis in parentum bonis competente*, §. xxviii. in eius *opuſculis*, p. 127.

§. XXII.

Ad tertiam claſſem etiam referuntur pupilli ac minores, qui a debitore communi quidquam petunt ob curam, vel tutelam illorum, ab eo administratam.

Copioſius iam id monuimus *ſect.* ii. *cap.* v. §. 10. p. 425. ibique etiam iurisconſultos, qui hac de quaeſtione litigarunt, nominauimus.

§. XXIII.

Neutiquam autem in eamdem ſcribendi ſunt tutores, vel curatores ob id, quod actione tutelae contraria a pupillo; siue minore petere debeant.

Haud aliter locum hac in claſſe poſcere potuiſſent, quam ſi ipſis competeret tacitum pignus; verum tamen illud ipſis haud tribuunt leges. Litigant hac de re Merc. Merlinvs, *de pignor. et hypoth. libr.* ii. *tit.* ii. *quaeſt.* 20. ac Frid. Es. Pvfendorfivs, *obſ. iur. vniuerſ. tom.* iii. *obſ.* clxxii. p. 454.

§. XXIV.

Si fiſcus ex bonis debitoris poenam, quam debet, petit, inter creditores hypothecarios haud est locandus. Fiſcus

Fiſcus lucrum captat; creditores autem hypothecarii de damno vitando certant ideoque fiſco hac in re praecedunt, *L.* 10. 17. et 37. *D. de iure fiſci.* 2) Vbi non adeſt lex, in qua hypotheca tacita eſt fundata, ibi nec illa cogitari poteſt; illa vero hoc loco penitus deficit. Obiicitur huic theſi *L.* 46. *§.* 3. *D. de iure fiſci.* Inter aduerſarios, qui aliter ſentiunt, nominandi ſunt IVL. CLARVS, *ſent. libr.* v. §. *fin. quaeſt.* 78. *num.* 32. PAVLLVS DE CASTRO, *ad L. Reſcript. D. de pactis num.* 3. ac MATTH. BERLICHIVS, *part.* 1. *conſuſ.* 65. *num.* 136. ſed iis contradicunt GEORG. FRANZKIVS ad *πρωτα*, *tit. de pignor. num.* 33. REINH. BACHOVIVS, de *pignor. libr.* 1. *cap.* 9. *num.* 1. ac LVD. MENCKE *gymnaſ. iur. pol. diſp.* XXII. *theſ.* II. p. 236. ac Io. HENR. BERGER, *reſolut. leg. obſtant. libr.* XLII. *tit.* v. *quaeſt.* 4. p. 748.

§. XXV.

Etiam ad vſuras morae pignus iuris ciuilis ex ſententia est extendendum.

1) Vſurae ſunt acceſſorium ſortis, quumque itaque omnino valet de vſuris, quod valet de ſorte, ſine dubio creditor in loco, qui ipſi in concurſu creditorum adſignatur ob hypothecam, ipſi competentem, vſuras morae expectare poteſt. 2) Si generatim cautum eſt *L.* 8. *§. fin. D. de pignor. act.* venire poſſe pignus non ſolum ob ſortem; ſed quoque propter cetera, quae creditor exigere poteſt ob nomen eius a debitore, quumque eorum in cenſum nominatim ſcribuntur vſurae: res profecto amplius in dubium vocari nequit. 3) Tandem ex *L.* 18. *D. qui pot. in pign.* liquet, creditorem etiam propter vſuras poſtea commiſſas potiorem eſſe alio creditore, cui poſtea idem pignus ſit conſtitutum; hoc vero cogitari non potuit; niſi quoque pignus ad vſuras ſeſe extendit. Nobiscum conſentiunt FRANC. BALDVINVS, *de pignor. et hypothecis, cap.* 10. ANT. NEGVSANTIVS, de *pignor. part.* v. *membr.* 1. *num.* 10. REINH. BACHOVIVS, de *pignor.*

gnor. libr. III. *cap.* V. *num.* 5. *ſqq.* Communem hanc ſententiam tuetur FRID. ES. PVFENDORFIVS *obſ. iur. vniuerſ. tom.* I. *obſ.* XIII. p. 18. quoniam autem plures leges, videlicet *L.* 8. §. *fin. D. de pignerat. act. L.* 11. §. 3. *D. eiusd. tit.* ac *L.* 13. §. *fin. D. de pignor. et hypoth.* promiſſionem vſurarum ſupponere videntur, vbi ad eas pignus extendi poſſe, ſtatuunt, non ſolum ab iſta deflectunt Io. VOETIVS, *comm. ad dig. tit. qui pot. in pign.* ac SIMON. VAN LEEUWEN, *in cenſ. forenſi, part.* I. *libr.* IIII. *cap.* II. *nr.* 21. ſed etiam in ſenatu Sabaudienſi creditori pigneratitio ratione vſurarum locum in tertia claſſe denegatum eſſe, teſtatur ANTON. FABER, *libr.* VIII. *tit.* VIII. *def.* 8 et *libr.* VI. *tit.* XXIII. *def.* II.

§. XXVI.

Si concurrunt hypothecae publicae tacitae ac priuatae: praeferuntur his tacitae haeque vna cum publicis loco ſecundum illorum aetatem promiſcue.

Ea ex ratione id ſtatuimus, propterea quod publica hypotheca praeferatur priuatae tacitaque ſit ſpecies hypothecae publicae; verumtamen alii contradicunt, quod ſecundum ius digeſtorum in hypothecis tacitis temporis ſolum ratio ſit habenda; neque illud iure codicis ſecundum *L.* II. *C. qui potiores in pignore* mutatum eſſe conſtat: *L.* 6. §. *fin. C. de bonis, quae liberis* tacitas hypothecas ex tempore locare iubeat ac ex *L.* 8. *D.* et *L.* 4. *C. qui potiores in pignore* res publica praeferenda ſit fiſco, ſi pignus ex conuentione ſpecialiter acceperit, quantumuis fiſco tacita competat hypotheca. Diſſentiunt non ſolum ii, qui generatim publicas hypothecas priuatis praeferunt, BEN. CARPZOVIVS, *part.* I. *conſt.* XXVIII. *def.* 110. GEORG AD. STRVVIVS, *exercitat.* XLIV. *theſ.* 54. FRID. GERDES, *diſputat. de pignore expreſſo*, §. 21. Io. BRVNNEMANNVS, *de concurſu creditorum*, *cap.* V. §. 48. p. 109. IAC. FRID. LVDOVICI, *conc. proceſſu cap.* 10. §. 49. FRID. ES. PV-

PVFENDORFIVS, *obſ. iur. vniu. tom.* I. *obſ.* CCXI. p. 538. atque AVG. DE BALTHASAR, *loco memorato;* ſed etiam ii, qui diſtinguunt, vtrum publicum; an ſolum inſtrumentum proferri queat priuatum ſuper illo negotio, ob quod quis tacitam ſibi tribuat hypothecam cum IVST. HENN. BOEHMERO, *de praerogat. hypothecar. publicarum cap.* I. §. 15. ac Io. AVG. HELLFELDIO, de *praerogatiua hypothecae publicae ac tacitae*, §. XXXII. in eius *opuſculis*, p. 215. noſtras vero in partes diſcedunt: VLR. HVBERVS, *praelection. iuris ciuilis*, *libr.* XX. *tit.* IIII. §. 18. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCXVI. *med.* I. Io. HENR. SATOR. *diſſ. de pignorum praerogatiua generatim et ſpeciatim de pignore publico, pignori tacito non indiſtincte anteponendo*, Erford. CIↃIↃCCLXXII. et FR. XAV. SCHMIDT, *de hypothecar. legal. praerogatiua*, Altorf. CIↃIↃCCLXXIII.

§. XXVII.

Hypotheca praetoria inter publicas locum tenet ideoque praefertur priuatae.

Quaecunque hypotheca auctoritate conſtituitur publica, ea eſt publica. Iam id merito adfirmamus de hypotheca praetoria ideoque etiam illam inter publicas referimus. Contradicunt, propterea quod lex deficiat, quae hypothecae praetoriae virtutem hypothecae tribuat publicae; neque illa aliter; quam expreſſo partium conſtituatur conſenſu, ac ſine illo cogitanda ſit hypotheca praetoria, GEORG. AD. STRVVIVS, *exercitat.* XXVI. *theſ.* 28. et 29. AVG. DE BALTHASAR, de *claſſificat. creditor.* p. 87. ac CHRIST. GOTTL. GMELIN, in *der Ordnung der Gläubiger, cap.* IIII. §. 14. Noſtrae ſententiae fautores exiſtunt: CHR. PHIL. RICHTER, *de priuilegiis creditorum*, *diſput.* X. *ſect.* III. DAV. MEVIVS, *part.* VIII. *deciſ.* 447. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCLXXVI. *med.* 7.

§. XXVIII.

Mutuum gratuitum qui credidit debitori, quarta in claſſe locum sibi vindicare potest.

Loqui-

Loquitur 1) VLPIANVS, *L.* 7. §. 2. *D. depoſiti.* de caſu, quo foro ceſſit nummularius ac claris verbis priuilegia, deponentibus tributa, denegauit iis, qui pecunias habuerunt apud nummularios foeneratitias; vel ex depoſito vſuras acceperunt. Eadem ratione 2) *L.* 24. §. 2. *D. de rebus auctoritate iudicis poſſidend.* rationem, cur depoſitario prior concedendus ſit locus, ſolum in eo poſuit, quod ſine vſuris penes depoſitarium ſit depoſitum ideoque a depoſito hac in re merito concludimus ad mutuum gratuitum; qui vero eiusmodi creditorem aliis creditoribus hypothecariis praeferendum eſſe negant, ideo id faciunt, quod nec verba; nec ratio legum nominatarum interpretationem earum patiatur extenſiuam. Negant hoc ANTON. DE MARA, *de concurſu creditorum*, *libr.* II. *tit.* II. §. 21. ac AVG. DE BALTHASAR de *claſſificat. creditor.* p. 67. ſed noſtram adprobant ſententiam GEORG. AD. STRVVIVS, *ex.* XLII. *theſ.* 56. et AVG. LEYSERVS, *ſpec.* CCCCLXXXVII. *med.* 4.

§. XXIX.

Etiam in quartam claſſem honoraria aduocatorum ſunt locanda.

Sunt priuilegiati; nihilominus tamen haud eſt cautum, vt omnibus praeferendi ſint creditoribus ideoque iis hunc locum adſignamus; qui vero ipſis eum concedere nolunt, ideo illum ipſis denegant, quod non adſit lex, quae hac in re ipſis faueat. Mirum eſt, quod hac de re inter prudentes exſtat diſſidium. Quum FERD. CHR. HARPRECHTVS eos ad primam refert claſſem, *different. iuris communis et Badenſis*, §. 62. in quintam illos ſcribit FRID. ES. PVFENDORFIVS, *obſ. iuris uniuerſi. tom.* III. *obſ.* LXXI. nobis autem accedunt GEORG. AD. STRVVIVS, *in ſynt. iur. ciuil. ex.* XLIV. §. 56. *num.* 3. ac IO. AND. HOFMANNVS, *in der deutſchen Reichspraxi*, *tom.* II. p. 93.

§. XXX.

Opifices creditoribus chirographariis regulariter

riter adnumerantur: neque interest, vtrum operae et materiae pretium simul crediderint; an saltem de mercede operarum fidem habuerint.

Vbi lex non distinguit, nec iurisconsulto distinctionem adhibere licitum est; leges autem ius reale opifici nullo modo adsignant. Adprobant hanc distinctionem Io. Mich. Beutherus, *de iure praelationis, libr.* 1. *cap.* 29. ita, vt opifices, si operae ac materiae pretium simul crediderunt, chirographariis creditoribus accenset ob fidem de specie nouiter adornata habitam, his vero ob operas, in rem adhibitas, hypothecam in illa adsignet et ob eam ipsis locum tribuat inter creditores hypothecarios, sed refutatur eo nomine ab Matth. Berlichio, *part.* I. *conclus.* LXIV. *num.* 75. Dan. Mollero, *ad const. Sax. part.* 1. *const.* XXVIII. *num.* 5. Bened. Carpzovio, *part.* 1. *const.* 28. *def.* 27. et Ge. Lvd. Boehmero, *elect. iuris ciuil. tom.* I. *ex.* XII. §. XIV. p. 398.

§. XXXI.

Si creditor sententia locatoria praecluſus semel restitutionem impetrat, ab iis creditoribus, quibus praecedit, id quod ex massa concursus acceperunt, si iam haud sufficit, repetit.

Sine dubio facultas haec eiusmodi creditori haud denegata fuisset, si non fuisset praecluſus; pro praecluſo vero, vbi semel in integrum est restitutus, haud amplius habendus est. Constat idem quoque ex *L.* 19. §. 1. *D. de condict. indebiti* ac praesertim ex *L.* 32. *D. de rebus creditis.* Aliam fouet sententiam partim ob *L.* 44. *D. de condict. indebiti*; partim ob *L.* 1. §. 12. *D. de separationibus* Avg. Leyserus, *spec.* CCCXC. sed nobiscum conspirat Dav. Georg. Struben, *in den rechtlichen Bedencken, tom.* I. p. 170. atque auctor perillustris *der Lehre von der Praeclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger, Abtheil.* III. §. 25. p. 119.

INDI-

Digitized by Google

INDICES.

I.

INDEX SCRIPTORVM ALLEGATORVM.

A.

Abel, *Mich. Frid.* 491. 492.
Accurſius, 14. 127. 137. 226. 276. 392. 421. 427. 587. 725. 802.
Addnenſis, *Fernand.* 458.
Aetzema, *Foppius ab* 244. 803.
Afflictis, *Matth. de* 357.
Alberti, *Mich.* 379.
Alciatus, *Andr.* 32. 45. 126. 209. 212. 222. 598.
Aldringer, *Georg. Henr.* 310. 328. 331.
Alef, *Franc.* 343. 450. 576.
Alexander. 327.
Altamiranus, *Io.* 435. 502.
Alteſſera, *Ant. Dadin.* 160.
Amaya, *Franc. de* 103.
Anckelmann, *Georg.* 380.
Andreolus, *Io. Franc.* 76. 315.
Angelus 327.
Aretinus, *Iac.* 334.
Arnaud, *Georg. d'* 47. 459. 562.
Arumaeus, *Dom.* 181.
Auctor *der Betrachtungen über das Recht bey der Bezahlung veränderter Münzen*, 515.
—— *der Lehre von der Praeclusion*, 816.
—— *theatri ſeruitutum*, 168.
Auctores *der gemeinnützigen iuriſt. Beobachtungen*, 243.
— — *der Halliſchen Beyträge*, 99. 161.
— — *der Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien*, 80. 91. 107. 108. 111. 112. 135. 144. 175. 179. 183. 195. 196. 200. 210. 212. 214. 224. 225. 226. 263. 268. 271. 278. 302. 304. 322. 326. 332. 340. 341.

341. 345. 346. 349. 351. 361. 368 384. 385. 386. 397. 442. 444. 451. 461. 471. 482. 491. 506. 507. 520. 521. 522. 551. 553. 568. 574. 590. 596. 604. 607 — 609. 641. 651. 647. 673 706. 709. 724. 733.
Averanius *Ioſ.* 243. 260 385. 407. 408. 409. 423. 559. 564.
Auguſtinus, *Ant.* 13.
Averan, *Io. d'* 376.
Ayrerus, *Georg. Henr.* 378. 719.
Azo, *Io.* 137. 250. 371. 398. 774.

B.

Bach, *Io. Aug.* 10. 142. 281. 486. 749.
Bacherus, *Franc. Ant.* 609.
Bachouius, *Guil. Ferd. L. B. de* 741.
— — *Reinh.* 41. 55. 56. 59. 67. 73. 78. 80. 95. 112. 129. 132. 142. 152. 156. 167. 174. 183. 198. 205. 210. 217. 223. 225. 226. 251. 252. 257. 321. 355. 370. 374. 392. 393. 402. 419. 420. 426. 431. 444. 465 501. 506. 516. 518. 525. 529. 543. 548. 555. 564. 565. 582. 596. 601. 632. 652. 654. 669. 673. 691. 699. 708. 711. 732. 747. 761. 764. 773. 788. 791. 810. 811. 812.
Balduinus, *Franc.* 124. 598. 812.
Baldus, 137. 215. 484. 513. 523.
Balemannus, *Henr.* 750.
Balſerus, *Ib. Chriſt.* 291.
Balthaſar, *Aug. de* 780. 788. 792. 793. 794. 795. 807. 814.
Barboſa, *Petr.* 393.
Barclaius, *Guil.* 502. 763.
Bardili, *Burck.* 549.
Baro, *Egu.* 238.
Barry, *Franc.* 334.
Barthius, *Gottfr.* 85. 115. 286. 296. 358. 359. 392.
— — *Tob.* 578. 605. 788.
Bartolus, 5. 137. 194. 248. 333. 334. 373. 383. 402. 427. 449 460. 484. 503. 513. 523. 535. 543. 598. 617. 730.
Baſtineller, *Gebh. Chr.* 196. 309. 382. 402. 766.
Battandier, *Claud.* 190.
Baudoza, *Petr.* 470
Bauerus, *Henr. Gottfr.* 108. 110. 546.
— — *Io. Gottfr.* 223.
Baumhauerus, *M. P.* 515.
Bechſtadius, *Io.* 40.
Beck, *Caſp. Achat.* 11. 51. 185. 531.
— — *Io. Adam.* 398. 399. 400. 401. 402. 404. 405.
— — *Io. Iod.* 231. 780.
— — *Phil. Lud.* 643.
Beckerus, *Herm.* 237.
Becmannus, *Guſt. Bernh.* 250.

Beh-

INDEX SCRIPTORVM ALLEGATORVM.

Behmerus, *Frid.* 87. 86. 138. 140. 143. 177. 296. 354. 416. 464. 718.
Bergerus, *Io. Henr.* 5. 16. 21. 24. 25. 34. 36. 43. 48. 53. 55. 58. 75. 77. 80. 90. 92. 104. 105. 108. 109. 135. 182. 192. 198. 200. 221. 231. 245. 257. 263. 277. 279. 287. 289. 293. 295. 306. 330. 332. 339. 340. 360. 367. 373. 382. 383. 384. 399. 404. 413. 426. 437. 439. 442. 466. 492. 510. 513. 516. 517. 518. 527. 531. 538. 541. 559. 563. 565. 570. 574. 576. 577. 578. 587. 589. 594. 599. 600. 602. 603. 605. 608. 609. 611. 612. 618. 629 — 634. 646. 654. 657. 661. 663. 668. 685. 698. 702. 703. 708. 710. 716. 718. 719. 725. 728. 734. 736. 740. 747. 753. 754. 755. 774. 777. 791. 793. 797. 801. 809. 812.
Berlichius, *Matth.* 60. 74. 75. 91. 105. 109. 115. 126. 194. 197. 199. 200. 257. 286. 293. 296. 326. 335. 336. 358. 359. 393. 396. 423. 442. 509. 513. 514. 519. 520. 521. 522. 523. 567. 568. 593. 604. 622. 624. 647. 674. 682. 688. 689. 696. 717. 728. 740. 755. 759. 776. 812. 816.
Bertrandus, *Io.* 222.
Beſoldus, *Chriſt.* 10. 338. 342. 348. 377. 514.
Beſtius, *Guil.* 433. 503.
Beuſtius, *Ioach.* 31. 53.
Beutherus, *Io. Mich.* 429. 816.
Beyer, *Georg.* 80. 254.
Biener, *Chriſt. Gottl.* 63.
Boccrius, *Henr.* 345. 398. 427.
Bodinus, *Henr.* 453. 471. 792.
Boeckelmannus, *Io. Frid.* 627.
Böhmerus, *Georg. Iud.* 49. 50. 307. 308. 338. 375. 376. 384. 450. 451. 476. 637. 764. 794. 816.
— — — *Io. Sam. Frid.* 382. 686. 695. 696. 697.
— — — *Iuſt. Henn.* 18. 20. 24. 42. 43. 46. 85. 107. 138. 140. 143. 185. 254. 261. 293 — 294. 314. 331. 338. 341. 351. 365. 371. 372. 387. 395. 396. 416. 421. 446. 448. 451. 473. 476. 481. 518. 522. 550. 557. 558. 559. 565. 561. 571. 661. 700. 705. 710. 714. 726. 729. 735. 736. 737. 740. 742. 744. 751. 753. 757. 772. 786. 791. 793. 810. 814.
Boenigckius, *Gottfr.* 156. 778.
Boerius, *Nic.* 336. 343. 384.
Borcholten, *Io.* 163.
Bornius, *Iac.* 116. 734.

Branchu, *Balth.* 134. 596.
Braunius, *Car. Adolph.* 53. 177. 586.
Brenckmannus, *Henr.* 12. 14.
Brenneiſen, *Enn. Rud.* 453. 594.
Breuning, *Chriſt. Henr.* 196. 487. 488.
Briſſonius, *Barn.* 170. 181. 193. 290. 292. 601. 633.
Brockes, *Henr.* 547. 670.
Broeckel, *Georg.* 603.
Bronchorſtius, *Everh.* 53. 133. 160. 181. 190. 431. 538. 553. 564. 633. 802.
Brouwerus, *Henr.* 42. 44. 48.
Bruckmann, *Io. Georg.* 261.
Brucknerus, *Guil. Hier.* 117. 546.
Brunnemannus, *Iac.* 65. 66.
— — *Io.* 31. 57. 65. 66. 75. 100. 101. 103. 104. 105. 107. 108. 110. 126. 129. 138. 139. 144. 182. 183. 192. 230. 233. 257. 259. 267. 276. 287. 301. 303. 306. 309. 310. 332. 334. 335. 340. 342. 343. 344. 348. 351. 354. 367. 384. 393. 397. 401. 406. 419. 424. 431. 437. 442. 447. 466. 468. 476. 477. 482. 505. 522. 527. 536. 553. 555. 556. 560. 567. 573. 601. 603. 606. 607. 614. 620. 635. 637. 647. 656. 668. 672. 676. 691. 693. 703. 705. 710. 711. 716. 718. 736. 743. 752. 753. 754. 761. 766. 769. 791. 793. 795. 783. 805. 806. 808. 809. 810. 813.
Brunnerus, *Georg. Adam.* 398.
Brunquellius, *Io. Sal.* 4. 7. 10. 279. 280. 282.
Buchnerus, *Io. Gottfr. Sigm.* 580.
Budaeus, *Guil.* 45.
Bulenger, *Iul. Caeſar* 285.
Bulgarus, 80. 800.
Buneckav, *Io. Georg.* 195.
Bunemannus, *Aug. Rud. Ieſ.* 377. 643.
Burchardi, *Wolr.* 665.
Burgmannus, *Io. Henr.* 779.
Burgundus, *Nic.* 594.
Buri, *Frid. Car.* 798.
Buſius, *Paul.* 146. 802.
Butrigarius, 565.
Byncker shoeck, *Corn. van* 93. 124. 145. 173. 174. 175. 249. 508. 511. 562. 597. 684. 713. 746.

C.

Caepolla, *Barth.* 170. 176. 654.
Campegius, *Io.* 55.
Cannegieſer, *Leop. Henr. Lud. Georg. de* 18. 172. 230. 293. 759. 789.
Cannegieter, *Herm.* 354. 386.
— — *Io.* 249.

Caranza, *Alph. a* 30. 31. 352.
Carocius, *Vinc.* 538.
Carpzovius, *Bened.* 16. 20. 24. 27. 31. 33. 36. 40. 41. 55. 57. 59. 61. 65. 66. 69. 70. 71. 77. 91. 95. 96. 100. 102. 105. 109. 110. 114. 115. 132. 134. 138. 139. 157. 158. 163. 172. 185. 187. 192. 194. 196. 197. 199. 203. 213. 215. 230. 232. 233. 243. 248. 256. 257. 259. 262. 276. 278. 282. 295. 296. 302. 305. 306. 311. 315. 326 — 328. 335. 336. 340. 341. 343. 349. 351. 353. 360. 373. 376. 378. 379. 380. 386. 388. 393. 397. 400. 401. 402 — 405. 419. 420. 422. 423. 439. 440. 442. 451. 461. 462. 465. 466. 468. 470. 481. 489. 493. 505. 509. 511. 514. 518. 519. 520. 523. 525. 528. 536. 537. 549. 551. 553. 560. 561. 568. 574. 578. 579. 582. 583. 586. 588. 591. 593. 604. 606. 609. 610. 616. 622. 625. 635. 637. 638. 640. 647. 651. 655. 659. 662. 671. 674. 680 682. 685. 687. 696. 699. 700. 701. 703. 705. 709. 710. 716. 724. 728. 745. 752. 755 — 758. 760. 762. 774. 776. 784. 788. 792. 795 — 798. 800. 803. 809. 810. 813. 816.
Carrach, *Io. Phil.* 322. 325.
Caſtrenſis, *Paull.* 10. 186. 327. 355. 610. 654. 812.
Catharinus, *Nic.* 123.
Charondus, *Lud.* 301. 501.
Chaſſannaeus, *Barth.* 623.
Chladenius, *Ern. Mart.* 784. 785.
Chriſtinaeus, *Paull.* 26. 62. 80. 84. 212. 270. 327. 336. 398. 399. 405. 493. 583. 604. 605. 639. 686. 709. 782.
Claproth, *Iuſt.* 243. 764. 765.
Clarus, *Iul.* 201. 204. 212. 216. 329. 350. 354. 465. 482. 812.
Cocceii, *Henr.* 140. 278. 351. 384. 385. 453. 454. 529. 655. 719. 735.
— — *Sam.* 5. 7. 8. 10. 17. 20 — 23. 25. 27. 32. 33. 34. 36. 39. 40. 53. 54. 58. 59. 63 - 68. 69. 70. 73. 77. 82. 90. 93. 94. 95. 106. 115. 118. 125. 129. 132. 133. 134. 136. 137. 139. 144. 149. 152. 155. 157. 158. 160. 165. 168. 170. 187. 189. 190. 195. 196. 204. 212. 216. 218. 219. 224 — 228. 238. 239. 243. 251. 254. 257. 264. 271. 277. 278. 303. 329. 332. 339. 349. 352. 362. 367. 368.

Digitized by Google

368. 370. 373. 389. 392. 404. 413. 414. 435. 440. 444. 449. 452. 454. 456. 466. 468. 471. 475. 478. 485. 491. 503. 506. 510. 513. 516. 521. 522. 544. 546. 548. 551. 562. 565. 566. 568. 574. 582. 583. 587. 589. 592. 596. 600. 604. 610. 611. 614. 617. 618. 631. 633. 637. 639. 644. 647. 648. 650. 655. 657. 659. 661. 665. 667— 669. 673. 678. 679. 687. 688. 694. 698. 702. 706. 710. 712. 719. 724. 726. 729. 734—736. 739. 740. 742. 745. 747. 760. 762. 782. 791.

Coler, *Christ.* 586.

Colerus, *Matth.* 31. 59. 70. 85. 427. 566. 570. 574. 583. 680. 762. 791. 801.

Colmar, *Io. Alb.* 202.

Connanus, *Franc.* 48. 80. 146. 163. 173. 174. 208. 226. 483. 484. 559. 802. 803.

Conradi, *Io. Lud.* 240. 684.

— — *Franc. Car.* 286. 440. 755.

Contius, *Ant.* 13. 269. 408.

Corasius, *Io.* 132. 135. 170. 190. 456. 462. 467. 485. 501. 502. 624. 533. 662. 749. 787.

Corn. *Io. Christ. Ia* 547.

Corneus, 336.

Cosa, *Ian. a* 476. 715. 749.

Costalius, *Petr.* 519. 536. 546.

Costanus, *Ant. Guil.* 50. 800.

Cothmannus, *Ern.* 177. 186. 314. 525. 560.

Couaruuies, *Didac.* 69. 70. 84. 134. 136. 139. 176. 204. 216. 251. 255. 264. 316. 343. 350. 374. 476. 603. 604. 614. 615. 641. 656. 740.

Cramer, *Io. Vlr.* 5. 26. 161. 175. 177. 187. 286. 294. 358. 387. 388. 440. 493. 518. 522. 616. 724. 781.

Crellius, *Christ. Lud.* 36. 124. 171. 217. 486. 544. 668. 672. 709. 755.

Cronstern, *Gabr. Christian. Schreiber de* 311.

Cuiacius, *Iac.* 29. 30. 48. 50. 93. 100. 105. 112. 130. 142. 150. 160. 163. 164. 172. 178. 185. 186. 207. 229. 231. 233. 239. 246. 251. 259. 262. 268. 278. 287. 313. 366. 375. 388. 396. 406. 407. 419. 480. 488. 502. 511. 523. 537. 539. 540. 575. 593. 595. 611. 662. 694. 700. 721. 725. 727. 733. 763. 774. 795. 802. 805.

Cumanus, *Raph.* 194.

Cunaeus, *Petr.* 497.

Cynus, 513.

D. Daes-

D.

Daesburgius, *Theod. Lamb.* 128.
Danckwarth, *L. I.* 698.
Dariesius, *Ioch. Georg.* 98.
Decius, 327. 698.
Dedekind, *Io. Lud. Iul.* 531.
Deinlinius, *Georg. Frid.* 183. 390. 391. 398.
Delphinus, *Hier.* 52.
Deuarius, *Matth.* 198.
Dimmerus, *Car. Adam.* 605.
Dinnerus, *Andr.* 514.
Dondorf, *Ad.* 757.
Donellus, *Hugo* 128. 137. 158. 163. 165. 174. 177. 190. 195. 206. 208. 212. 219. 233. 235. 258. 259. 287. 338. 399. 419. 429. 473. 479. 482. 483. 488. 525. 528. 549. 587. 600. 601. 676. 711. 717. 725. 726. 754. 791.
Doujat, *Io.* 123.
Drechslerus, *Io. Laur.* 82.
Dreyer, *Io. Car. Henr.* 195.
Duarenus, *Franc.* 172. 206. 209. 239. 264. 278. 310. 460. 506. 549. 614. 651. 691. 696. 743.
Duckius, *Arthur.* 5.
Duillius, *Io. Iac,* 643.
Dunius, *Eman.* 338.

E.

Eberhardus, *Io. Henr.* 381.
Eberwein, *Aug. Bernh.* 490.
Eck, *Corn. van* 146. 627. 750.
Eckhardus, *Chr. Henr.* 433. 544.
Eckoldus, *Amad.* 668.
Eichmannus, *Io. Bernh. Chr.* 15. 22. 24. 25. 29. 804.
Eisenhardus, *Christ. Gottl.* 98.
Eisenhartus, *Io. Frid.* 34. 64. 332. 374. 376. 499. 542.
Elsaesser, *Car. Frid.* 564.
Emmerichius, *Iac. Frid. Georg.* 772.
Emminghaus, *Io Ern. Bernh.* 557.
Enenckelius, *Georg. Ai.* 54. 208.
Engau, *Io. Rud.* 36. 97. 628.
Engelbrecht, *Herm. Henr. de* 809.
Engelbronner, *Conr.* 665.
Erdmannus, *Car. Leop.* 4.
Esbachius, *Goswin.* 191. 810.
Espaul, *David de l'* 118.
Esspeisses, *Ant. d'* 243. 245.
Estor, *Io. Georg.* 140. 170.
Euerhardus, *Georg.* 309.
Eyben, *Huld. ab* 397.

F.

Faber, *Ant.* 56. 57. 66. 76. 95. 96. 101. 102. 110. 130. 134. 147. 171. 174. 186. 202. 204. 219. 225. 254. 255. 260. 271. 274. 276. 278. 295. 306. 309. 320. 322. 343. 349. 350. 384. 385. 420. 431. 437. 463. 465.

Digitized by Google

465. 467. 473. 476. 477. 484. 487. 501. 535. 552. 555. 556. 566. 568. 570. 588. 601. 605. 611. 616. 637. 639. 653. 662. 679. 694. 705. 711. 759. 785. 798. 801. 802. 803. 805. 813.
Faber, *Io.* 356.
— — *Petr.* 365. 407.
Fabrottus, *Car. Hann.* 31. 32. 50. 123. 131. 274. 498.
Fachinaeus, *Andr.* 66. 74. 141. 154. 158. 166. 190. 194. 200. 204. 210. 213. 218. 219. 222. 225. 251. 260. 264. 265. 267. 270. 310. 320. 349. 350. 351. 362. 368. 373. 374. 386. 388. 393. 399. 406. 432. 444. 464. 475. 482. 493. 545. 568. 587. 590. 604. 606. 612. 616. 627. 644. 648. 653. 698. 707. 740. 800.
Feldmannus, *Henr.* 20.
Felzius, *Io. Henr.* 606. 639.
Feuerlein, *Paull. Iac.* 41.
Finckelthauſius, *Sigm.* 91. 103. 230. 232. 267. 336. 354. 358. 520. 524. 591. 593.
Fleiſcherus, *Io. Laur.* 561.
Floerckius, *Io. Ern.* 660.
Forcatulus, *Steph.* 485.
Fornerius, *Guil.* 150. 245. 492. 537. 803.
— — *Rad.* 238.
Forſterus, *Val. Guil.* 379. 383. 392. 684.
Franckius, *Io. Chriſtoph.* 98.
Francus, *Val.* 572. 578. 579.
Franzkius, *Georg.* 6. 9. 107. 109. 156. 279. 281. 368. 388. 442. 527. 555. 592. 601. 636. 648. 650. 654. 658. 668. 689. 705. 717. 735. 754. 761. 812.
Freſenius, *Io. Chr. Ludou.* 602. 646.
Freytagius, *Gisb.* 248.
Frick, *Alb. Phil.* 561. 580. 677. 801. 807.
Friderus, *Petr.* 138.
Friederich, *Io. Andr.* 698.
Frieſius, *Io. Bernh.* 126. 474. 475. 643. 727.
Froelich, *Io. Thom.* 343.
Frommannus, *Andr.* 214. 215.
Fürbringer, *Io. Gottl.* 106.
Fulgoſus, 598.
Funccius, *Io. Nic.* 87.
Fuſar, *Vinc.* 234.

G.

Gadendam, *Io. Guil.* 293.
Gailius, *Andr.* 5. 21. 22. 26. 27. 32. 53. 61. 66 — 68. 138. 154. 155. 157. 158. 165. 176. 194. 259. 260. 270. 317. 322. 329. 356. 378. 384. 387. 396. 414. 421. 423. 445. 449. 451. 464. 466. 545. 556. 557. 576. 577. 625. 673. 687. 689. 690. 702. 709. 718. 728.

728. 750. 765. 772. 774. 774. 783. 795.
Galuanus, *Marcus Aurel.* 147. 160. 163. 178. 301.
Garsias, *Io.* 72. 153.
Garzatoribus, *Franc. Grat. de* 7.
Gatzertus, *Christ. Hartm. Sam.* 514.
Gaudlitzius, *Iac. Thom.* 715.
Gebauer, *Georg. Christ.* 89. 744.
Geisler, *Car. Henr.* 798.
Gentilis, *Alberic.* 696.
— — *Scipio*, 163.
Gerdesius, *Frid.* 549. 813.
Gerhardus, *Ephr.* 643.
Gerstlacher, *Car. Frid.* 202.
Giphanius, *Hub.* 7. 160. 463. 479. 669.
Glaeserus, *Enoch.* 116.
Glasey, *Ad. Frid.* 99.
Gluckius, *Christ. Frid.* 11. 15. 17. 24. 202. 306. 379. 393. 396.
Gmelin, *Christ. Gottl.* 393. 564. 780. 792. 793. 814.
Goeddaeus, *Io.* 130. 548. 555. 557. 567. 573. 574.
Goelicke, *Andr. Ott.* 379.
Goesius, *Guil.* 498.
Gollingius, *Georg. Christ.* 609.
Gometz, *Ant.* 256. 465. 476. 482. 548. 613. 658.
Gori, *Ant. Franc.* 14.
Gosia, *Mart.* 800.
Gothofredus, *Iac.* 47. 147. 253. 287. 292. 317. 318. 337. 358. 513. 584. 691.
Gothofredus, *Dion.* 73. 121. 131. 142. 207. 231. 242. 276. 312. 332. 357. 362. 363. 365. 399. 407. 426. 429. 433. 503. 531. 539. 563. 668. 684. 721. 809.
Gouianus, *Ant.* 548.
Grandi, *Guid.* 14.
Grassus, *Mich.* 276.
Gratianus, *Steph.* 57.
Griebnerus, *Mich. Henr.* 778.
Groenewegen, *Simon.* 271. 627. 734. 764.
Grotius, *Hugo*, 121. 136. 173. 611.
Gruber, *Io. Sig.* 236.
Grupen, *Christ. Vlr.* 14. 287. 292. 297. 308. 358.
Gruterus, *Ian.* 245.
Guadagni, *Leopold. Andr.* 14.
Gudelinus, *Petr.* 68. 265. 362. 388. 396. 406.
Gundlingius, *Nic. Hieron.* 18. 440. 463. 486. 492. 570. 582. 587. 719.
Gutherius, *Iac.* 357.
Guthschmidius, *Chr. Gottl.* 603.
Gutierretz, *Io.* 96. 101.

H.

Haenlein, *Conr. Sig. Car.* 717.
Hagemeyer, *Ioach.* 7.
Hagen, *Christ. ab* 524.
Hahnius, *Henr.* 83. 95. 114. 116. 138. 163. 175. 179. 255. 267. 361. 406. 439. 446.

446. 525. 528. 533. 537. 555. 596. 601. 638. 641. 651. 674. 709. 717. 720. 732. 733. 738. 747. 754. 794.
Haloander, *Greg.* 120. 407. 433. 470. 471. 503. 511.
Hambergerus, *Laur. Andr.* 701. 702.
Hanedoesius, *Io* 7.
Hanewinckel, *Christ.* 446.
Hannaccius, *Christ.* 185.
Hannesen, *Io.* 395.
Harmenopulus, *Constant.* 56. 58.
Harprechtus, *Ferd. Christ.* 187. 332. 376. 810. 815.
— — — *Io.* 93. 101. 160. 165. 230. 299. 345. 349. 350. 427. 431. 478. 506. 527. 538. 563. 590. 596. 647.
Hartleben, *Franc. Ios.* 5. 11. 15. 18. 20. 21. 24. 25. 26. 29. 35. 186. 188. 297. 580. 786.
Hartmannus, *Christ.* 265.
— — *Io.* 632. 640.
— — *Io. Zach.* 396.
Hartung, *Gottfr.* 204.
Hartung, *Io. Christ.* 32. 281.
Hasentien, *Dan. Henr.* 792.
Hasse, *Christoph. Christ.* 756.
Hauckius, *Christ. Frid.* 61.
Heeslerus, *Io* 400.
Heidelmannus, *Io. Casp.* 4.
Heigius, *Petr.* 75. 114. 115. 158. 200. 248. 269. 487. 552. 567. 691.
Heimburgius, *Io. Casp.* 490.
Heineccius, *Io. Gottl.* 8. 88. 111. 126. 242. 339. 362. 495. 527. 546. 597. 620. 639.
Heislerus, *Phil. Iac.* 146. 147 230.
Hellfeldius, *Bernh. Gottl. Huldr.* 417.
— — *Io. Aug.* 36. 64. 77. 144. 243. 271. 323. 344. 361. 382. 389. 396. 403. 418. 421. 494. 518. 664. 666. 685. 688. 741. 754. 804. 806. 811. 814.
Henne, *Io. Rud. Christ.* 69. 358. 806.
Hennemannus, 770. 772.
Heraldus, *Desid.* 308. 684. 763.
Herbayus, *Thom.* 338.
Hering, *Ant.* 102. 113. 557. 559. 561. 563. 566. 570. 574. 576. 578.
— — *Matth. Ben.* 202.
Heroldus, *Christ. Mich.* 282.
Hertius, *Io. Nic.* 365. 379. 549. 663.
— — *Io. Frid.* 384. 440
Heusingerus, *Frid.* 74. 76 — 78.
Heydenreich, *Gottl. Adam. Henr.* 416.
Hildebrandus, *Henr.* 61.
Hillerus, *Chr. Henr.* 99.
Hilliger, *Oswald* 27. 158. 171. 175. 278. 392. 473. 474. 538. 550. 554. 649. 678. 787.

Hoepfnerus, *Lud. Iul. Fr.* 639. 651.
Hoepnerus, *Io. Frid.* 98.
Hofacker, *Car. Chriſt.* 8. 17.
Hofmann, *Car. Chriſt.* 345.
Hofmannus, *Chriſt. Gottfr.* 66.
— — *Gottfr. Dan.* 58. 293. 313.
— — *Io. Andr.* 764. 792. 808. 815.
— — *Io. Guil.* 713.
Hoheiſel, *Dan. Frid.* 643.
Homberg, *Aemil. Ludou.* 10.
Hombergius, *Io. Frid.* 63. 265. 266. 323. 553.
Hommelius, *Car. Ferd.* 52. 57. 115. 140. 187. 340. 440. 489. 517. 605. 608. 616. 709. 757. 760. 761.
— — *Chr. Gottl.* 744.
Hommelius, *Ferd. Aug.* 57. 117. 156. 172. 370.
Hoppius, *Ioach.* 44. 69. 77. 231. 243. 552. 682. 747.
Hornius, *Caſp. Henr.* 35. 192. 199. 413. 625. 651. 759.
Hottomannus, *Ant.* 459.
— — *Franc.* 47. 48. 50. 88. 90. 105. 112. 115. 121. 145. 172. 173. 174. 204. 239. 270. 302. 317. 372. 419. 456. 483. 511. 530. 701. 720. 722.
Huberus, *Vlr.* 8. 39. 48. 50. 88. 118. 126. 136. 146. 179. 202. 218. 254. 265. 429. 486. 540. 555. 620. 627. 676. 682. 705. 721. 705. 738. 750. 795. 806. 814.
— — *Zach.* 118. 132. 166.
Hummius, *Helfr. Vlr.* 6. 48. 49. 88. 111. 121. 122. 132. 158. 161. 204. 212. 226. 228. 242. 346. 386. 457. 467. 481. 483. 502. 506. 537. 543. 596. 605. 653. 656. 726. 237. 609. 739. 800.
Hurlebuſch, *Aug. Ferd.* 804.

I.

Iaſon, 256. 317. 327. 332. 353.
Iauchius, *Sigm. Reich.* 51. 174. 247. 470. 564. 684. 701.
Ickſtadt, *Io. Ad.* 614. 615.
Idſinga, *S. H. van* 499.
Ienichen, *Gotth. Aug.* 51. 339.
Ienſius, *Io.* 511.
Iesnitzer, *Io. Car.* 645.
Imola, *Paull. de* 226.
Ioannes, 769.
Ioachimus, *Io. Frid.* 77.
Isler, *Io. Iac.* 157.
Ittigius, *Gottfr. Nic.* 431.
Iuglerus, *Io. Frid.* 409.

K.

Kaeſtnerus, *Abr.* 262. 380.
— — *Chriſt. Frid.* 361.

Kanne-

Kannegieſer, *Gotth Henr.* 329.
Kapſius, *Sixt. Iac.* 490.
Kemmerich, *Dict. Herm.* 542.
Keſtnerus, *Henr. Ern.* 4.
Kippingius, *Io. Wolfg.* 4.
Klipſch, *Iul. Aug. Phil.* 157. 165.
Klockius, *Caſp* 731. 798.
Klotzius, *Henr. Ehrenfr.* 516.
Klüber, *Io. Lud.* 698. 780.
Knock, *Barold.* 562.
Knipſchild. *Phil* 416.
Knopſius, *Chriſt. Alard.* 282.
Knorrius, *Car. Gottl.* 53 54. 71. 387. 492. 782.
Kochius, *Io. Chriſtoph.* 37. 71. 167. 299. 369. 370. 376. 378. 379. 381. 383. 384 386 388. 389. 391. 396. 440. 472. 524. 688. 753. 807.
— — *Io. Frid. Adam.* 611.
Koehner, *Car. Io. Guil.* 314.
Koenig, *Io. Car.* 322.
Koenigke, *Io. Chr.* 780.
Koeppen, *Io.* 574.
Kohlius, *Andr.* 718.
Kornatowsky, *Georg. Lud. de* 590.
Krauſius, *Io. Gottfr.* 77.
— — *Georg. Frid.* 85. 322.
Kresſius, *Io. Paull.* 403.
Küſtnerus, *Io Barth.* 331.
Kulpiſius, *Io. Georg.* 4.
Kunzius, *Io. Ad.* 640.

L.

Lampius, *Henr.* 792.
Landus, *Conſt.* 459.
Langsdorf, *Io. Gottl.* 665.
Lauterbachius, *Wolfg. Ad.* 22. 32. 33. 41. 48. 55. 62. 63. 68. 74. 76. 78. 79. 81. 90. 92 93. 96. 102. 124 — 126. 129. 139. 144. 155. 161. 166 — 168. 191 204. 218. 221. 279. 281. 293. 299. 302. 305. 332. 346. 348. 359. 368. 370. 405. 406. 420. 424. 425. 429. 431. 438. 467. 471. 475. 485. 528. 529. 531. 540. 551. 564. 568. 573. 586. 588. 592. 593. 596. 598. 612. 617. 634. 639. 655. 656. 661. 681. 690. 704. 707. 723. 744. 745. 754. 761. 762. 766. 767. 780. 807. 808.
Lectius, *Barthol.* 498.
Lenzius, *Chriſt* 689.
Leoninus, *Elbertus*, 224. 659.
Leuberus, *Beni.* 514.
Leucht, *Chriſt. Leonh.* 172.
Leuven, *Simon. van* 43. 228. 281. 348. 813.
Leyſerus, *Aug.* 4. 7. 10. 15. 18. 20. 21. 25. 26. 31. 35. 37. 42. 44. 46. 52. 53. 58. 59. 63. 66. 67. 77. 85. 86. 98. 104 106. 134 138. 139. 143. 153. 171. 176. 178. 183. 192. 200. 210. 257. 264. 269. 277. 284. 293. 293. 295. 297. 303. 306. 314. 322. 326. 332. 339. 340. 344. 355. 358. 368. 394. 396. 399. 410. 423.

423. 426. 436. 439. 442. 443. 447. 451. 452. 460. 462 463. 464. 493. 494. 509. 516. 519—522. 523. 524. 525. 529. 538. 539. 542. 544. 565. 572. 587. 588. 590. 594 597. 602. 604. 606. 610. 619. 621. 622. 625. 626. 628. 629. 632. 634. 636. 638. 639. 645. 647. 648. 651. 653. 655. 657. 659. 661. 672—674. 685. 691. 695—697. 703. 704. 708. 709. 711. 713. 715. 716. 719. 723. 725. 736. 741. 747. 751. 752. 753. 755. 756. 759. 764. 766. 768. 769. 775. 776. 778. 784. 789. 793. 794. 796. 801. 806. 809. 810. 814. 815. 816.

Leyſerus, *Guil.* 447.

Lilien, *Iud. Guil.* 343.

Limnaeus, *Io.* 4.

Linckius, *Georg. Henr.* 36.

— — *Henr.* 214.

— — *Ier. Eberh.*

Lohleinius, *Io. Bapt. Andr.* 343.

Lorenz, *Herm.* 372.

Ludewig, *Io. Petr. de* 50. 99. 143. 269. 331. 463.

— — *Io. Chriſt.* 643.

Ludovici, *Iac. Frid.* 75. 76. 307. 494. 518. 674. 737. 777. 778. 805. 813.

Ludwell, *Guil.* 9. 164. 634.

Lutkens, *Io. Nic* 736.

Luz, *Chriſt. Frid.* 72.

Lycklama, *Marcus Nicholt a* 48. 149. 150. 171. 184. 407. 502. 767.

Lynckerus, *Nic. Chriſt. L. B. de* 18. 36. 39 65. 66. 100. 105. 107. 110. 138. 192. 293 352. 386. 400. 404. 490. 520. 528. 529 561. 577. 624. 635. 649. 719. 724. 753.

M.

Madihn, *Georg Sam.* 133. 135. 189. 202. 230. 235. 236. 293. 294. 378. 395. 544 620.

— — *Ludov. Gottfr.* 185. 198. 234. 323.

Maeſtertius, *Iac.* 452. 704. 707.

Malblanc, *Iul. Fr.* 446. 764. 765.

Mallinkrot, *Arn. Andr. Fr.* 178.

Man, *Engelbr. van der* 126.

Mantica, *Franc.* 218. 267. 276. 373. 421. 424. 598. 653.

Mantzel, *Ern. Io. Fr.* 698.

Manzius, *Caſp* 211. 306. 316. 351. 358. 590.

Mara, *Ant. a* 794 815.

Maranta, *Rob.* 768.

Marcilius, *T. Ant.* 238.

— — *Theod.* 173. 174.

Marckardus, *Io. Guil.* 47. 353. 365. 487. 678.

Martini, *Io. Gunth. Lud.* 708. 794. 796. 811.

Martinus, 769 774.
Maſcardus, *Ioſ.* 54. 267. 306. 335. 336. 340. 639. 709. 762.
Maſcouius, *Gottfr.* 246. 534.
Matthaei, *Ant.* 216. 299. 625. 683. 691. 806.
Matthaei, *Phil.* 672.
Matthiae, *Dietr. Guil.* 298.
Maulius, *Thom.* 359.
Maurus Pyrrhus 573.
Maynardus, *Franc.* 271. 382.
Meermannus, *Gerh.* 120. 123. 128. 245. 249. 274. 435. 425. 499. 684.
Meierus, *Iuſt.* 165. 375. 341. 570. 631. 648. 655. 698.
Meiſter, *Chriſt. Frid. Georg.* 697. 725.
Menagius, *Aeg.* 173. 174.
Mencke, *Georg. Lud.* 322. 323.
— — — *Gottfr. Lud.* 71. 143. 171. 381. 541. 668. 717. 729. 735. 596.
— — — *Lud.* 10. 24. 54. 58. 60. 70. 83. 84. 90. 92. 94. 95. 97. 107. 109. 114. 115. 144. 154. 157. 160. 208. 228. 233. 235. 252. 254. 257. 259. 264. 265. 277. 278. 282. 293. 302. 207. 309. 310. 312. 327. 328. 393. 353. 361. 461. 462. 465. 478. 528. 532. 536. 549. 543. 556. 567. 583. 587. 598. 606. 607. 610. 644. 652. 657. 658. 662. 677. 682. 685. 689. 693. 694. 699. 707. 708. 710. 733. 735. 737. 743. 759. 764. 766. 774. 782. 791. 812.
Menochius, *Iac.* 31. 134. 186. 222. 233. 248. 260. 267. 349. 373. 414. 464. 478. 556. 591. 593. 599. 673. 691. 732. 740.
Mercator, *Anton.* 280.
Mercerius, *Ioſ.* 88. 112.
Mercurialis, *Mart.* 425.
Merenda, *Ant.* 215. 295. 615.
Merillius, *Edm. G.* 88. 247. 435. 484. 501. 534. 611. 663. 713. 692.
Merlinus, *Merc.* 432. 780. 811.
Meuius, *Dav.* 15. 22. 24. 26. 36. 95 107. 112. 132. 139. 185. 186. 198. 200. 293. 336. 346. 384. 393. 399. 406. 410. 420. 451. 477. 490. 492. 522. 526. 545. 558. 560. 570. 578. 578. 588. 594. 602. 604. 611. 635. 638. 640. 655. 659. 667. 671. 687. 704. 705. 709. 710. 719. 723. 731. 736. 740. 753. 757. 764. 766. 769. 774. 778. 780.

780. 782. 786. 788. 789. 795. 805. 809. 810. 814.
Meurer, *Henr.* 22.
Meyerus, *H. W.* 202.
Mindanus, *Frid.* 524. 732.
Misler, *Io Hartm.* 577.
Moeckert, *Io. Nic.* 133. 467.
Molinaeus, *Car.* 126. 262.
Mollerus, *Dan.* 336. 421. 591. 686. 688. 701. 816.
Montanus, *Paull.* 101. 103.
Moser, *Io. Iac.* 513.
Muller, *Gottl.* 660.
Mullerus, *Io. Ern. Iust.* 5. 8. 10. 16. 18. 19. 20. 25. 26. 30. 44. 175. 210. 284. 297. 358. 421. 436. 452. 493. 621. 622. 628. 645. 653. 697. 677. 713. 199. 760. 762.
Mullerus, *Petr.* 8. 10. 21. 24. 27. 29. 30. 36. 55. 58. 80. 83. 88. 103. 128. 133. 141. 153. 155. 161. 163. 170. 181. 190. 205. 208. 214. 243. 266. 276. 279. 299. 306. 325. 333. 359. 370. 402. 413. 418 - 421. 425. 429. 456. 478. 481. 513. 517. 527. 530-532. 576. 583. 588. 592. 624. 627. 634. 641. 644. 645. 654. 655. 658. 662. 668. 671. 672. 674. 706. 707. 720. 721. 723. 738. 746. 753. 761. 768. 780. 782. 788. 809. 811.
Munech, *Io. Christ.* 184.
Musaeus, *Sim. Henr.* 728.
Mynsingerus, *Ioach.* 22. 101. 102. 154. 176. 257. 270. 385. 431. 464. 541. 544. 652. 690. 577. 641. 774.

N.

Negusantius, *Ant.* 424. 438. 444. 780. 801. 802. 812.
Nerius, *Iust.* 245. 503.
Nettelbladt, *Dan.* 82. 248. 531. 621. 750. 778.
— — *Henr.* 717.
Neuendorfius, *Io. Dan.* 766.
Neuenhahnius, *Henr.* 64.
Nicolai, *Dan.* 184.
— — *Io. Georg.* 708.
Noodtius, *Gerh.* 22. 24. 30. 92. 121. 127. 132. 147. 150. 151. 160. 165. 167. 168. 259. 369. 370. 413. 489. 492. 504. 541. 544. 651. 713. 749. 754.

O.

Oberhauser, *Bened.* 23.
Ockel, *Andr.* 177.
Oddus, *Hart.* 43.
Odelem, *Io. Phil.* 380.
Odofredus, 137.
Oelrichs, *Gerh.* 54. 111. 499. 595.
Oelze, *Gottl. Eusеb.* 33. 34.
Oiselius, *Iac.* 274.
Olearius, *Io. Fria.* 782.
Orozi, *Hier.* 247.

Oostorga, Regnerus. 228.
Oteyza et Olano, *Athanas.* ab 274.
Otto, *Euerard.* 47. 88. 128. 146. 147. 178. 181.
— — *Henr. Frid.* 223 229. 237. 245. 301. 302. 303. 342. 501. 502. 503. 643. 651. 684. 692. 802.
— — *Sfort.* 226.

P.

Pacius, *Iul.* 245. 433. 659.
Paelicke, *Car. Frid.* 364.
Pagenstecherus, *Alex. Arn.* 1. 70. 516. 527.
Pancirollus, *Guil.* 285. 683.
Panhusius, *Petr.* 355. 683.
Panormitanus, *Abbas* 617.
Papa, *Guid.* 349.
Papilonius, *Thom.* 229. 237.
Passeribus, *Nic. de* 245. 501.
Paulsen, *I. F.* 640.
Peckius, *Petr.* 94. 316. 336. 355.
Pegius, *Mart.* 627.
Peregrinus, *M. Ant.* 55. 126. 276. 310. 355. 368. 552.
Perez, *Ant.* 53. 54. 56. 66. 154. 225. 270. 401. 432. 460. 466. 473. 476. 477. 506. 523. 564. 568. 601. 618. 634. 662. 690. 733. 768. 783.
Perrenonius, *Petr.* 459.
Pesler, *Io. Christ.* 729.
Petermannus, *Aug. Gottl.* 182.
Pfeffinger, *Io. Frid.* 22.
Philippi, *Io.* 73. 105. 550. 724.
— — *Frid.* 334.
— — *Georg.* 185.
Pielius, *Io. Frid.* 35.
Pignorius, *Laur.* 249.
Pinellus, *Ar.* 146.
Pistoris, *Hartm.* 27. 59. 70. 132. 134. 262. 327. 328. 385. 442. 451. 628. 685. 745. 791.
Placentinus 137. 565.
Platz, *Aug. Chr.* 462.
Plotus, *Io. Bapt.* 57. 767.
Polae, *Io. Frid.* 607. 671.
Politianus, *Angel.* 24.
Poll, *Luc. van de* 189. 193. 199. 202. 206. 208. 210. 211. 369.
Pontanus, 72.
Porta, *Hug. a* 242.
Porta Ravennate *Jacob. a* 140. 177.
Poppius, *Frid.* 86.
Posthius, *Lud.* 609.
Prateius, *Partulph.* 471.
Prehn, *Io. Iac.* 605.
Pruckmannus, *Frid.* 95. 551. 336.
Pufendorfius, *Frid. Es.* 21. 25. 66. 139. 173. 177. 178. 187. 195. 199. 202. 210-212. 228. 266. 269. 286. 287. 293. 296. 297. 306. 326. 328. 332. 353. 370. 374. 377. 381. 385. 393 438. 440. 460. 464. 475. 519. 520. 522. 533. 545. 550.

550. 553. 555. 561. 574. 586. 590. 620. 626. 627. 629. 637. 639. 719. 747. 765. 781. 786. 789. 794. 800. 805. 811. 813. 815.
Puffendorfius, *Sam.* 121.
Pundſack, *Io.* 254.
Putter, *Io. Steph.* 22. 403. 493. 570.
Puttmannus, *Ios. Ludw. Ern.* 82. 344. 363. 372. 414. 443. 597. 668. 720. 736.

Q.

Quiſtorpius, *Io. Chriſt.* 695. 697.

R.

Raabe, *Io. Iuſt.* 663.
Radovius, *Georg.* 77.
Ramos, *Io. Franc.* 432. 684.
Ranchinus, *Guil.* 502.
Rauchbar, *Petr.* 31. 463.
Rebuffius, *Retr.* 184.
Rechenberg, *Car. Otto* 778.
Regnerus, *Cypr.* 497. 527.
Reichel, *Sam.* 230.
Reichmannus, *Io. Eberw.* 677.
Reiding, *Focco Sytzes* 54.
Reinelius, *Thom.* 656.
Reinhardus, *Chr. Gottl.* 298.
— — *Tob. Iac.* 199. 214. 386. 561. 759. 800.
— — *Io. Paul.* 25.
Reinkingk, *Theod.* 4. 625. 627. 628.
Reinoldus, *Bernh. Henr.* 80. 87. 132. 147. 149. 339. 407. 562.
Reitzius, *Guil. Otto* 4. 120. 274.
Retes, *Fernandez de* 224. 435. 502.
Reuſnerus, *Nic.* 182. 334. 735.
Reuterus, *Io. Hartw.* 5. 370. 606.
Richterus, *Chriſt. Gottl.* 149. 198.
— — *Chriſt. Phil.* 36. 108. 183. 190. 199. 214. 219. 230. 293. 305. 306. 335. 342. 344. 358. 376. 380. 386. 388. 392. 424. 427. 444. 464. 478. 493. 510. 513. 514. 520. 524. 559. 586. 591. 603. 618. 627. 671. 688. 720-722. 745. 788. 792. 796. 797. 798. 806. 814.
— — *Io. Tob.* 169. 339. 450.
Ripa, 336.
Ritter, *Io. Dan.* 175.
Rittershuſius, *Conr.* 10. 63. 90. 142. 265. 271. 326. 398. 406. 668.
Riuinus, *Andr. Flor.* 143. 152. 183 356. 527. 726.
— — *Io. Flor.* 293. 330. 332. 728. 789.
— — *Q. Sept. Flor.* 263. 728. 759. 794.

Robertus, *Io.* 130. 135. 175. 239. 280. 502. 593. 596. 677. 694.
Roeuerus, *Matth.* 249.
Rogerius, *Petr.* 731.
Roi, *Iuſt. Georg. Paul. du* 213.
Romanus, *Car. Frid.* 642.
— — *Franc. Guil.* 59.
— — *Ludou.* 696.
Rosbach, *Io. Sam.* 60.
Rosmann, *Ioſ. Matth.* 380.
Ruckerus, *Io. Conr.* 252.
Ruſſardus, *Ant.* 433.
Rutgerſius, *Ian,* 366.
Rygerbos, *Franc.* 251.

S.

Salgado de Sainoza, *Franc.* 571. 778. 787.
Salmaſius, *Claud.* 240. 308. 492.
Salicetus, 217. 427.
Sammet, *Io. Gottfr.* 250.
Sande, *Io. a* 62. 63 105. 107. 138. 219. 265. 328. 348 349. 388. 391. 574. 608 609. 623. 629. 639. 648. 673. 717 808.
Sarmiento, *Franc.* 247.
Sator. *Io. Henr.* 814.
Schab. *C. A.* 570.
Schaumburgius, *Io Gottfr.* 118. 165 167. 310. 329. 365. 399. 437. 493. 561. 607. 699. 754. 778.
Schellhaſius, *Io. Guil.* 282.
Scherzius, *Io. Iac.* 10. 588.
Schilterus, *Io.* 16. 24. 36. 40. 45. 75. 106 112. 114. 165. 170. 185. 193. 230. 232. 252. 257. 271. 282. 296. 305. 310. 325. 327. 331. 335. 336. 358. 361. 377. 397. 399. 462. 463. 486. 490. 505. 518. 520. 528. 533. 551. 552. 555. 559. 583. 586. 587. 591. 593. 596. 597. 606. 609. 614. 618. 620. 622. 625. 631. 641. 651. 661. 673. 676. 678. 681. 701. 702. 709. 717. 718. 720. 723. 773. 736. 756. 797. 798. 799. 807. 810.
Schloer, *Io. Georg.* 580.
Schlüter, *Dav.* 741.
Schmidius, *Frid. Xaver* 814.
— — *Guil. Ern.* 65.
— — *Ioach. Erdm.* 426.
— — *Io. Ludov.* 37. 82. 140. 261. 509. 510. 513. 514. 515. 546. 562. 564. 566. 570. 571. 574. 577. 578. 744.
— — *Ludov. Henr.* 99.
— — *Paull. Guil.* 385. 386. 790. 797.
Schneider, *Io. Frid.* 736.
Schneidewin, *Ioach.* 44. 80. 170. 306. 783.
Schoenius, *Chriſt.* 570.
Schorchius, *Chriſt. Frid. Imm.* 21. 446. 512. 514.

Schorch, *Henr. Guil.* 344.
— — *Hieron. Frid.* 599.
Schotanus, vid. Scotanus.
Schottus, *Aug. Frid.* 152. 173. 174. 175. 236. 237. 298. 804.
Schroeder, *Lud.* 776.
Schreiber, de Cronſtern, *Gabr. Chriſt.* 311.
Schroeterus, *Io. Chriſt.* 57.
Schroeteringk, *Martin. Woldr.* 488.
Schuback, *Iac.* 145.
Schubertus, *Georg. Ad.* 82.
— — *Car. Frid.* 486.
Schütten, *Henr. Melch.* 514.
Schultingius, *Ant.* 160. 179. 181. 187. 274. 370. 498. 469. 486. 537. 584. 692.
Schurfius, *Hier.* 338.
Schurigius, *Martin.* 379.
Schwarzius, *Chriſt. Gottl.* 14.
Schwendendoerfer, *Barth. Leonh.* 147.
Scotanus, *Bernh.* 8. 600. 652. 690.
Seger, *Io. Gottl.* 11. 514. 623.
Seipius, *Ant. Lud.* 235.
Selchow, *Io. Henr. Chriſt.* 170. 171.
Semler, *Ad. Sigm. Phil.* 195.
Senckenberg, *Henr. Chriſt.* 170. 780. 801.
Sengebertus, *Polyc.* 498.
Seutterus, *Io. Matth.* 315. 316.
Sichardus, *Io.* 53. 565. 710.
Siebenkees, *Io. Chriſt.* 587.
Simon, *Io. Georg.* 77.
Simoncellus, *Octav.* 105.
Sirmondus, *Iac.* 4.
Slevogt, *Io. Paull.* 58.
— — *Io. Phillip.* 785.
Sluterus, *Io.* 587.
Solorzanus, *Io.* 708.
Sommer, *Reinh.* 570.
Sommerem, *Io. ab* 396.
Spieſius, *Wolfg. Alb.* 293.
Steckius, *Io.* 146. 147.
Stein, *Arend. Ian. van dem* 492.
Stephani, *Matth.* 693.
Stieglitzius, *Io. Conr.* 54.
Strauchius, *Io.* 10. 83. 111. 198. 226. 233. 235. 478. 567. 681. 709. 722. 723.
Strauſius, *Gottfr.* 171. 634.
Struben, *David. Georg.* 24. 25. 38. 142. 144. 166. 177. 293. 294. 295. 340. 351. 376. 440. 446. 522. 557. 570. 602. 632. 637. 709. 710. 736. 745. 757. 764. 766. 769. 773. 775. 781. 798. 816.
Struvius, *Burcard. Gotth.* 785.
— — *Georg. Ad.* 6. 8. 9. 56. 61. 63. 68. 69. 78. 80. 86. 100. 107. 109. 111. 113. 116 118. 121. 122. 124. 128. 133. 139. 143. 147. 153. 157. 160. 161. 168. 170. 172. 179. 189. 190. 195. 199. 200. 203. 206. 208. 212. 213. 218.

Digitized by Google

218. 220. 225. 226. 231.
233 235. 239. 245. 247.
248. 265. 267. 271. 278.
302. 303. 305. 312. 322.
323 327. 330 335. 336.
349 351. 352. 367 370. 371.
373. 396. 398. 400. 401.
403. 405. 406. 414. 421.
427. 442. 444. 460. 462.
466. 473. 477. 478. 480.
489. 493. 506. 509. 510.
514. 527. 528. 530 432.
536. 548. 549. 551 553.
557. 566. 568. 574. 593.
601. 603. 606. 608. 609.
613. 614. 617. 625. 627.
629. 631. 639. 641. 644.
651. 652. 655. 656. 668.
671. 674. 677. 678. 682.
686. 688. 705 709. 721.
724. 731. 732. 733. 739.
740. 748. 753. 762 763.
768. 769. 786. 788 792.
794 796. 801. 806. 808.
809. 813. 814. 815.
Stryckius, *Henr. Chriſt.* 44. 50. 98. 100. 101. 104. 106. 531. 605.
— — *Io. Sam.* 642. 806.
— — *Sam.* 18. 20. 21. 22 34. 40. 41. 43. 54. 59. 71. 76. 77. 98. 138. 139. 142. 144. 157. 161. 168. 177. 182. 183. 187. 193. 194. 199. 200. 204. 210. 213. 217. 218. 222. 230. 234. 248. 253. 254. 257. 266. 267. 271. 281. 286. 289. 293. 295. 299. 303. 306.
309. 310. 311. 313. 315.
323. 325. 326. 328. 330.
333. 334. 340. 342. 344 346. 348. 349. 354. 358.
359 361. 370. 374. 376.
378. 379. 383. 386. 387.
388. 390. 392. 393. 395.
400. 401. 402. 405. 406.
413. 414. 420. 432. 437.
447. 449. 454. 464. 471.
486. 493. 506. 521. 527.
528. 531 533. 541. 553.
556. 560. 563. 590. 594.
599. 607. 608. 624. 627 629. 639. 641. 645. 653.
657. 658. 673. 674. 677.
701. 704. 708. 724. 733.
739. 741. 748. 754. 761.
765. 786. 789. 793. 810.
Stahlmannus, *Io. Heur.* 661.
Sturmius, *Georg. Reich.* 557.
— — *Gottl.* 546. 735.
Stypmanus, *Io. Frid.* 423.
Suerin, *Henr. a* 408.
Sueuus, *Gottfr.* 105.
Surdus 60. 525.
Suendendoerferus, *Barth. Leonh.* 586. 728.

T.

Tabor, *Io. Otto.* 286. 289. 293. 343. 519. 523. 525. 638.
Tapia, *Car. de* 20.

Tartagnus, *Alex.* 186.
Taurellius, *Lael.* 173.
Taurellius, *Franc.* 434.
Teichmeyer, *Herm. Frid.* 379.
Tenzel, *Ern.* 632.
Terbraack, *Gerh. Io.* 184.
Theodoricus, *Petr.* 682.
Tholosanus, *Petr. Greg.* 66. 102. 124. 186. 219. 623. 782.
Thomasius, *Christ.* 4. 6 48. 50. 77. 85. 112. 118. 166. 197. 221. 442. 473. 476. 572. 593. 642. 670. 697. 727. 750.
— — *Traug.* 603.
Thomingus, *Iac.* 41.
Tiraquellus, *Andr.* 393. 470. 598. 623. 627. 628.
Titius, *Gottl. Gerh.* 109. 661. 727.
Tittel, *Car. Aug.* 225. 343.
Toppius, *Georg. Aug.* 565.
Toullieu, *Petr. de* 147. 149. 175. 199. 234. 392. 415. 546. 611. 612. 726. 741.
Trentacinquius, *Alex.* 200. 583.
Treutlerus, *Hier.* 67. 80. 94. 100. 128. 152. 163. 210. 257. 429. 529. 545. 548. 555. 633. 652. 662. 673. 708.
Trotzius, *Christ. Henr.* 147.
Trummerus, *Io. Vinc.* 372.
Tubingenses iurisconsulti, 625. 687. 688.
Tuckermann, *Corn. Iul. Hieron.* 107.
Tuldenius, *Diod.* 532.

V.

Valentini, *Mich. Bernh.* 379.
Valle, *Rol.* 336.
Vasquez, *Ferd.* 206. 226.
Vbaldus, *Angel. de* 186.
Vinnius, *Arn.* 18. 53. 59. 68. 88. 101. 103. 111. 115. 128. 130. 134. 135. 136. 151. 156 160. 161. 166. 167. 174. 177. 181. 187. 189. 195. 196. 213. 217. 220. 225. 228. 234. 237. 238. 268. 270. 271. 318. 321. 322. 325. 331. 332. 333. 339. 346. 355. 362. 370. 383. 392. 421. 422. 444. 448. 456. 465. 475. 478. 486. 492. 516. 528. 529. 546. 559. 562. 575. 577. 596. 644 645. 649. 651. 668. 677. 678. 692. 701. 717. 726. 735. 774.
Vitalis, *Lud.* 147. 802.
Voelcker, *Georg. Christ. Guil.* 392.
Voetius, *Io.* 24. 43. 108. 149. 166. 170. 201. 348. 370. 388. 392. 393. 437. 439. 492. 710. 813.
Vollenhoue, *Io.* 111.
Voorda, *Iac.* 242. 264. 265. 270. 414.

Vulteius, *Herm.* 93. 133. 315. 715. 725.

W.

Waechterus, *Chriſt.* 127. 128. 541.
Waglerus, *Paull. Tob.* 586.
Wagnerus, *Chriſt.* 89. 202.
Walchius, *Car. Frid.* 8. 15. 109. 148. 231. 238. 286. 287. 292. 434 435. 474. 477. 487. 488. 623. 624. 673. 686. 700. 727. 779. 781. 795. 797.
Water, *Io. van de* 365. 366.
Weber, *Ad. Dietr.* 429. 436. 438. 519. 524. 665. 666. 676. 747. 770. 772.
— — *Sam. Reinh.* 540.
Wege, *Andr.* 431. 636. 640.
Wernherus, *Io. Balth.* 18. 25. 26. 35. 36. 71. 106. 107. 172. 175. 177. 195. 278. 305. 311. 315. 332. 351. 370. 374. 384. 388. 402. 410. 413. 440. 493. 511. 536. 560. 570. 574. 587. 602. 608. 611. 616. 625. 626. 628. 637. 648. 651. 653. 657. 724. 736. 741. 753. 757. 772. 777. 778. 794. 810.
— — *Io. Frid.* 463.
— — *Io. Rud.* 514.
— — *Mich. Gottfr.* 39. 44. 440. 448. 493. 494. 621. 622.
Weſembeccus, *Matth.* 29. 56. 95. 102. 134. 141. 164. 179. 326. 373. 446. 474. 551. 559. 605. 689. 691. 711. 727. 766. 768. 727.
Weſtenbergius, *Io. Ord.* 80. 189. 198. 259. 362. 423. 665. 666. 726. 727.
Weſtphal, *Ernſt. Chriſt.* 140. 141. 169. 170. 175. 178. 416. 429. 437. 438. 440. 540. 799. 801. 803. 804. 806.
Wielingius, *Abr.* 121. 127. 128. 147. 150. 242. 260. 487. 544. 562.
Wilckens, *Io. Georg.* 620.
Wildnogel, *Chriſt.* 5. 9. 106. 135. 143. 417. 492. 526. 558.
Wincklerus, *Car. Gottfr.* 54. 637.
Willenbachius, *Io. Iac.* 123. 136. 265. 271. 334. 351. 426. 498. 516. 536. 554. 564. 623. 625. 649. 700. 709. 731. 746. 811.
Wolbers, *Io.* 147. 517.
Wolfius, *Io. Georg. Iac.* 414.
Wollzogen, *Frid. L. B. de* 46.
Wortenhof, *I. T.* 595.
Wunderlich, *Io.* 458. 469. 472.

X.

Xantropius, *Opitr.* 99.

Zange-

Digitized by Google

Z.

Zangerus, *Io.* 445. 557. 570. 571. 573. 708.
Zafius, *Vdalr.* 84. 217. 739.
Zaunſchlifferus, *Otto Phil.* 612. 782.
Zepernick, *Car. Frid.* 10. 11. 202.
Zieglerus, *Caſp.* 40. 153. 377. 464. 691. 780.
Zobel, *Chriſt.* 113.
Zoeſius, *Henr.* 210. 398. 399. 590. 668. 711. 783.
Zollerus, *Frid. Gottl.* 112. 329. 330. 331. 494. 582.
Zollius, *Herm.* 594. 642.
Zuichem, *Viglius*, 228. 370.

Digitized by Google

II.

INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS EXPLICATARVM VEL ALLEGATARVM.

LOCA IVRIS ANTEIVSTINIANEI.

I.

EX CAII INSTITVTIONIBVS.

Libr. II. tit. V. §. 1. 274
§. 7. 274
tit. IX. §. 1. 581

II.

EX PAVLLI RECEPTIS SENTENTIIS.

Libr. I. tit. IV. §. 2. 669
Libr. I. tit. XXI. §. 15. 791
Libr. II. tit. XIX. 50
tit. XXXI. §. 10. 692
Libr. III. tit. VI. §. 7. 275
§. 46. 272. 275
Libr. V. tit. XI. §. 6. 469. 471

III.

EX VLPIANI CORPORE.

Tit. XI §. 22. 408
§. 28. 87
Tit. XX. §. 9. 290
§. 17. 219
Tit. XXIV. §. 4. 242. 245
§. 17. 249
Tit. XXVI. §. 2. 381

IIII.

EX CODICE GREGORIANO.

Libr. III. tit. V. leg. 3. 412

V.

EX CODICE HERMOGENIANO.

Tit. I. leg. 1. 584

VI.

EX CODICE THEODOSIANO.

Libr. II. tit. VI. de temp. cursu, leg. 3. 319
tit. X. de postum. leg. 1. 319
tit. XX. de inoff. testam. leg. 1. 363 - 365
tit. XXIV. de fam. ercisc. leg. 1. 324
Libr. III. tit. XII. de incestis nupt. leg. 1. 695
Libri IV. tit. IV. de testam. et cod. leg. 1. 337. 351
leg. 7. 337
Libr. V. tit. 1. de leg. hered. leg. 1. 319
Libr. VI. tit. II. de senatoribus leg. 5. 358
Libr. VIII. tit. 12. de donat. leg. 4. 463
Libr. IX. tit. XII. de maleficis, leg. 3. 319
tit. XXXIV. de famosis libellis, leg. 4. 685
Libr. XI. tit. XXXV. si pendente adpell. 319
Libr. XII. tit. 1. de legat. et decur. leg. 4. 292
Libr. XIII. tit. II. de censitor. leg. 12. 290
Libr. XVI. tit. II. de episcopis leg. 3. 319
tit. VII. de apostatis, leg. 2. 366

VII.

VII.

EX NOVELLIS THEODOSII.

Nouell. Valent. 4. 289

* * *

LEGES IVRIS IVSTINIANEI.

I.

EX INSTITVTIONIBVS.

Libr. I.

§. 3. de iur. nat. gentium et ciuil. 17
pr. de nupt. 49
§. 3. eod. 46
§. 4. eod. 46
§. 11. eod. 48
§. 12. eod. 48. 58. 327
§. 9. de adopt. 70
§. 3. de tutel. 89
§. 1. de legit. agnat. tutel. 362
tit. de leg. patr. tut. 95
§. 2. de curator. 103
§. 3. eod. tit. 109
§. 2. de satisdat. tut. 744
§. 4. de excusat. tut. 99
§. 5. eod. tit. 257
§. 9. eod. tit. 98
§. 16. eod. tit. 100
§. 6. de suspect. tut. 110

Libr. II.

§. 12. de rer. diuis. 122
§. 12. eod. tit. 123
§. 16. eod. tit. 745
§. 23. eod. tit. 128
§. 25. eod. tit. 127. 128
§. 35. eod. tit. 131. 132. 133 sq.
§. 40. eod. tit. 457
§. 44. eod. tit. 636
§. 47. eod. tit. 145
§. 48. eod. tit. 145
§. 1. de reb. incorp. 115
pr. de seruit. praed. 146. 150 173. 175
§. 2. de vsufr. 151. 165
§. 3. eod. tit. 155. 159. 162
tit. de vsu et hab. 457
§. 12. de vsucap. 139
pr. de donat. 457
§. 1. eod. tit. 278. 349
§. 2. eod. tit. 456
§. 2. quibus alienare licet 104 485
§. 4. per quas personas cuique adquir. 497
pr. de testament. ord. 180
§. 2. eod. tit. 290
§. 3. eod. tit. 311
§. 6. eod. tit. 298. 762
§. 9. eod. tit. 308
§. 10. eod. tit. 300. 302
§. 11. eod. tit. 340
pr. de mil. test. 186
pr. quibus non est permiss. fac. test. 302
§. 2. eod. tit. 185
pr. de vulg. substit. 217. 218
pr. de pup. substit. 225. 226
§. 4. eod. tit. 227
§. 2. quib. mod. test. infirmantur 360
§. 7. eod. tit. 453
§. 1. de inoff. test. 362
§. 6. eod. tit. 201
§. 1. de legatis 256
§. 2. eod. tit. 424
§. 4. eod. tit. 259
§. 8. eod. tit. 372
§. 10. eod. tit. 278
§. 11. eod. tit. 304
§. 13. eod. tit. 254
§. 22. eod. tit. 241
§. 27. eod. tit. 94
§. 36. eod. tit. 249
§. 3. de leg. Falcid. 205. 791
§. 5. de fideicom. hereditat. 464. 269
pr. de codicillis 186
§. 1. eod. tit. 340
§. 2. eod. tit. 329
§. 3. eod. tit. 339

Libr.

Digitized by Google

Libr. III.

§. 6. de her. quae ab intestato 381
§. 6. de legit. agnatorum successs. 383
§. 6. de SC. Tertullian. 96. 97
§. vlt. de succoss. cognator. 383
§. 5. de bonor. possess. 394
pr. quib. modis re contrahât. obl. 490
§. 1. eod. tit. 544
§. 2. eod. tit. 667
§. 3. eod. tit. 654
§. 4. od. tit. 538. 543. 655
§. 9. de inutil. stip. 561
§. 11. eod. tit. 40
§. 20. eod. tit. 549
§. 4. de fideiuss. 554
pr. de litt. obligat. 581
pr. de emt. vend. 446. 583
§. 1. eod. tit. 453
§. 3. eod. tit. 618
§. 1. de loc. et cond. 151
§. 3. eod. tit. 644
§. 1. de societate 658
§. 2. eod. tit. 656
§. 9. eod. tit. 656
§. 6. de mandato 692
§. 1. de obligat. quae quasi ex contractu 667. 669
§. 5. eod. tit. 304
tit. quibus mod. toll. obl. 712
pr. eod. tit. 543
§. 1. eod. tit. 667

Libr. IIII.

§. 11. de obligat. quae ex delicto nasc. 692
§. 8. de iniur. 689
§. 9. eod. tit. 697
§. 10. eod. tit. 686
§. 1. de act. 479
§. 2. eod. tit. 170. 718
§. 6. eod. tit. 716
§. 7. eod. tit. 416
§. 8. eod. tit. 716
§. 13. eod. tit. 714
§. 29. eod. tit. 108
§. 30. eod. tit. 537
§. 1. de satisdat. 98
pr. de perpet. et temp. act. 689
§. 1. eod. tit. 690
§. 4. de replicat. 579
§. 3. de interdict. 428
§. 2. de off. iud. 133
§. 4. de publ. iud. 694

II.

Ex Digestis

Libr. I.

L. 2. §. 5. de origine iuris 16
L. 2. de legibus 26
L. 3. eod. 26
L. 4. eod. tit. 26
L. 5. eod. tit. 26
L. 14. eod. tit. 20
L. 15. eod. tit. 20
L. 16. eod. tit. 20
L. 32. eod. tit. 16. 26
§. 1. eod. tit. 23
L. 33. eod. tit. 23
L. 34. eod. tit. 26
L. 35. eod. tit. 16. 23
L. 38. eod. tit. 25
L. 3. de constitut. princ. 20
L. 7. de statu hom. 416
L. 11. eod. tit. 48
L. 12. eod. tit. 31. 33
L. 17. eod. tit. 226
L. 26. eod. tit. 416
L. 6. de his, qui sui vel al. iur. 32
L. 2. §. 2. de adoptionibus 70
L. 16. eod. tit. 70
L. 17. §. 3. eod. tit. 377
L. 25. pr. eod. tit. 84
L. 32. §. 1. eod. tit. 95
L. 33. eod. tit. 95
L. 40. de rer. diu. 275
L. 3. §. 1. de off. praef. vig. 701
L. 1. de officio proc. caes. 409
§. vlt. eod. tit. 407
L. 2. eod. tit. 409
L. 6. de off. praesid. 586
L. 17. eod. tit. 652
L. 21. eod. tit. 241

Libr.

Digitized by Google

Libr. II.

L. 15. de iurisdict. 494
L. 18. eod. tit. 749
L. 6. de in ius vocando 327
L. 1. D. ſi quis in ius vocat. 749
L. 7. pr. D. qui ſatisdare cog. 749
L. 15. eod. tit. 754
§. 4. eod. tit. 755
L. 2. §. 1. de pactis 515. 516. 355. 788
L. 4. eod. tit. 427
L. 7. eod. tit. 456
§. 4. eod. tit. 452. 453
§. 5. eod. tit. 530
§. 16. eod. tit. 84
L. 10. eod. tit. 786
L. 21. eod. tit. 58
L. 27. §. 4. eod. tit. 40
L. 32. eod. tit. 781
L. 38. eod. tit. 461. 782
L. 46. eod. tit. 781
L. 55. eod. tit. 621
L. 3. §. 1. de transact. 486. 497
L. 6. eod. tit. 485
L. 21. eod. tit. 488

Libr. III.

L. 1. de his, qui not. infamia 411
L. 2. eod. tit. 30
L. 6. §. 1. eod. tit. 758
L. 11. §. 1. eod. tit. 66
L. 13. eod. tit. 48
§. 8. eod. tit. 693
L. 1. de procurator. 409
L. 35. §. 2. eod. tit. 714
L. 46. §. 4. eod. tit. 124
L. 70. eod. tit. 90
L. 1. de negotiis geſtis 669
L. 2. eod. tit. 606. 652. 669
L. 3. §. 4. eod. tit. 670
§. 9. eod. tit. 668
L. 4. eod. tit. 666
L. 6. §. 13. eod. tit. 669
§. 1. eod. tit. 680
§. 3. eod. tit. 130. 666
§. 11. eod. tit. 666
§. 12. eod. tit. 697. 668
L. 9. eod. tit. 666
L. 10. eod. tit. 666
L. 11. eod. tit. 667. 668
L. 16. §. 1. eod. tit. 680
L. 19. §. 2. eod. tit. 669
§. 4. eod. tit. 521
L. 22. eod. tit. 676
L. 27. §. 1. eod. tit. 72. 666
L. 31. §. 4. eod. tit. 652
L. 34. eod. tit. 72
L. 37. eod. tit. 669. 670
L. 41. eod. tit. 669
L. 44. eod. tit. 72. 666
L. 45. eod. tit. 652
L. 46. eod. tit. 652

Libr. IV.

L. 3. §. 1. quod metus cauſa 525
L. 8. §. 3. eod. tit. 71
L. 17. eod. tit. 134
L. 21. §. 5. eod. tit. 310
L. 7. pr. de dolo malo 411
L. 11. D. eod. tit. 733
L. 1. pr. de minoribus 43
L. 5. §. 7. eod. tit. 733
L. 7. eod. tit. 43
§. 8. eod. tit. 105
§. 10. eod. tit. 522. 595
L. 11. §. 4. eod. tit. 678
L. 13. §. 1. eod. tit. 740
L. 16. §. 1. eod. tit. 135
L. 24. §. 4. eod. tit. 134
L. 27. §. 1. eod. tit. 610
L. 34. §. 4. eod. tit. 619
L. 39. pr. eod. tit. 768
L. 41. eod. tit. 781
Tit. ex quibus cauſſis maiores 144
L. 6. §. 5. nautae, caupones, ſtabularii 143
L. 40. eod. tit. 756

Libr. V.

L. 1. de iudiciis 748
L. 2. §. 1. eod. tit. 748
L. 15. §. 1. eod. tit. 746. 747
L. 16. eod. tit. 48
L. 19. pr. eod. tit. 753

INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS

L. 1. de inoff. test. 363
L. 6. §. 1. eod. tit. 369
§. 2. eod. tit. 725
L. 7. eod. tit. 725
L. 8. pr. eod. tit. 725
§. 5. eod. tit. 229
§. 6. eod. tit. 192. 198. 201
§. 8. eod. tit. 725
§. 9. eod. tit. 187
§. 13. eod. tit. 188
§. 16. eod. tit. 367
L. 11. §. 11. eod. tit. 268
L. 13. eod. tit. 351. 367
§. 2. eod. tit. 365
L. 15. eod. tit. 369
L. 19. eod. tit. 369
L. 25. eod. tit. 720
L. 21. pr. eod. tit. 189
L. 28. eod. tit. 210. 367
L. 31. pr. eod. tit. 206. 324
L. 32. eod. tit. 324
L. 79. §. 4. eod. tit. 725
L. 25. §. 5. de hered. petit. 143
§. 11. eod. tit. 134
L. 38. eod. tit. 528
L. 40. eod. tit. 756

Libr. VI.

L. 1. §. 3. de rei vindicatione 714
L. 5. §. 1. eod. tit. 128
L. 23. eod. tit. 479
L. 24. eod. tit. 773
L. 35. §. 1. eod. tit. 769
L. 36. eod. tit. 424
L. 38. eod. tit. 621
L. 43. eod. tit. 245
L. 44. eod. tit. 162
L. 48. eod. tit. 130
L. 56. eod. tit. 115
L. 67. eod. tit. 124. 125
L. 69. eod. tit. 424
L. 78. eod. tit. 636
L. 7. §. 11. de publiciana in rem actione 747
§. 14. eod. tit. 747
§. 17. eod. tit. 747
L. 11. §. 3. eod. tit. 747
L. 16. eod. tit. 747

Lib. VII.

L. 7. pr. D. de vſufructu 255
§. 2. eod. tit. 153. 154
L. 12. §. 5. eod. tit. 162
L. 13. pr. D. eod. tit. 259
L. 15. eod. tit. 146. 149
§. 4. eod. tit. 245. 151
§. 7. eod. tit. 146. 149
L. 16. eod. tit. 146. 147
L. 23. §. 1. eod. tit. 596
L. 25. §. 6. eod. tit. 159
L. 36. pr. eod. tit. 246
L. 1. pr. de vſufructu adcreſcendo 278
L. 11. eod. tit. 278
L. vn. quando dies vſusfr. 137
L. 5. §. 3. quibus mod. vſusfruct. finiatur 246
L. 13. eod. tit. 131. 162. 636
L. 14. eod. tit. 161
L. 25. eod. tit. 161
L. 3. de vſufructu earum rer. 164
L. 1. §. 1. ſi vſusfruct. petatur 721
L. 3. §. 4. vſusfruct. quemadm. cau. 156
L. 7. eod. tit. 154. 161
pr. eod. tit. 156
L. 9. §. 3. eod. tit. 151
L. 12. eod. tit. 156

Libr. VIII.

L. 4. de ſeruitut. 173
§. 1. eod. tit. 161
L. 8. eod. tit. 149. 173
L. 10. eod. tit. 168. 173
L. 14. pr. eod. tit. 176
L. 15. eod. tit. 150
§. 1. eod. tit. 168
L. 16. eod. tit. 150
L. 1. de ſeru. praed. vrb. 170
L. 2. eod. tit. 169. 170
L. 4. eod. tit. 172
L. 13. §. 1. eod. tit. 672
L. 15. eod. tit. 172. 721
L. 16. eod. tit. 172
L. 17. §. 1. eod. tit. 169
L. 20. §. 6. eod. tit. 149
L. 33. eod. tit. 168. 169

EXPLICATARVM VEL ALLEGATARVM.

L. 46. eod. tit. 172
L. 1. de ſeru. praed. ruſt. 172. 173
pr. eod. tit. 150
L. 7. eod. tit. 172
L. 8. §. 2. eod. tit. 178
L. 16. eod. tit. 122
L. 11. commun. praed. 168
L. 4. §. 5. ſi ſeruitus vindicetur 165
L. 6. §. 1. eod. tit. 720
§. 2. eod. tit. 168
§. 7. eod. tit. 721
L. 8. §. 1. eod. tit. 150. 718
§. 2. eod. tit. 168
§. 3. eod. tit. 718
§. 5. eod. tit. 774
L. 10. eod. tit. 176
pr. eod. tit. 176

Libr. IX.

L. 3. ſi quadrupes pauper. fec. 697
L. 7. ad leg. Aquil. 697
L. 8. eod. tit. 677
L. 11. §. 2. eod. tit. 702
L. 13. eod. tit. 782. 697
L. 23. §. 9. eod. tit. 687
L. 27. §. 21. eod. tit. 692
§. 25. eod. tit. 122
L. 44. eod. tit. 772
L. 5. §. 9. de his, qui effud. vel deiec. 251
L. 7. eod. tit. 697

Libr. X.

L. 4. §. 2. fin. reg. 132. 134. 619
L. 2. §. 1. famil. erciſc. 188
L. 8. §. 1. eod. tit. 745
L. 16. eod. tit. 324
§. 1. eod. tit. 255
L. 25. §. 16. eod. tit. 667
L. 33. eod. tit. 414
L. 36. eod. tit. 494. 711
L. 50. eod. tit. 404
L. 14. §. 1. commun. diuid. 130
§. 2. eod. tit. 670
L. 23. eod. tit. 633
L. 36. eod. tit. 671
L. 3. §. 12. ad exhibendum 118
L. 5. §. 3. eod. tit. 745
L. 7. §. 2. eod. tit. 745
L. 11. §. 1. eod. tit. 772

Libr. XI.

L. 2. de interrogat. 758
L. 1. §. 3. de ſeruo corrupto 682
L. 1. §. 1. ſi menſor falſum modum dixerit 111
L. 2. de religioſis 593
L. 14. §. 1. eod. tit. 790. 791
§. 6. eod. tit. 793
§. 14. eod. tit. 166
§. 15. eod. tit. 669
L. 37. eod. tit. 793
L. 45. eod. tit. 791
L. 2. de mort. infer. 700

Libr. XII.

L. 2. pr. de rebus creditis 508
§. 1. eod. tit. 506. 512. 642
§. 2. eod. tit. 496
§. 4. eod. tit. 504
L. 3. eod. tit. 506
L. 6. eod. tit. 308
L. 9. §. 8. eod. tit. 502. 503
§. 9. eod. tit. 530
L. 10. eod. tit. 530. 548
L. 11. eod. tit. 500
L. 13. eod. tit. 496
L. 15. eod. tit. 500
L. 16. eod. tit. 496
L. 20. eod. tit. 457
L. 21. eod. tit. 809
L. 32. eod. tit. 130. 136
L. 36. eod. tit. 499
L. 41. eod. tit. 496. 632
L. 42. pr. eod. tit. 572
L. 1. de iureiurando 490
L. 2. eod. tit. 490
L. 9. §. 4. eod. tit. 42
L. 34. §. 6. eod. tit. 763
L. 35. eod. tit. 763
L. 1. de in litem iur. 767
L. 2. eod. tit. 767
L. 3. eod. tit. 767
L. 4. §. 2. eod. tit. 767
L. 5. eodem 601

L. 5. §. 4. eod. tit. 767
L. 8. eod. tit. 767
L. 1. de condict. indeb. 676
L. 7. eod. tit. 673
L. 13. eod. tit. 678
L. 14. eod. tit. 130. 506
L. 15. eod. tit. 134
L. 17. eod. tit. 505
L. 19. eod. tit. 678
§. 1. eod. tit. 816
§. 2. eod. tit. 115
L. 20. eod. tit. 505
L. 23. §. 1. eod. tit. 488
L. 26. pr. eod. tit. 675
§. 1. eod. tit. 519
§. 2. eod. tit. 675
§. 3. eod. tit. 678. 710
§. 12. eod. tit. 678
L. 28. eod. tit. 677
L. 29. eod. tit. 506
L. 33. eod. tit. 130. 742
L. 40. eod. tit. 84. 710
§. 1. eod. tit. 130
L. 41. eod. tit. 678
L. 43. eod. tit. 678
L. 44. eod. tit. 733. 816
L. 59. eod. tit. 677
L. 60. eod. tit. 678. 711
§. 6. eod. tit. 134
L. 65. §. 1. eod. tit. 488. 494
L. 66. eod. tit. 742
L. 67. §. 3. eod. tit. 743
L. 1. de condict. sine causſa 130

Libr. XIII.

L. 6. de condict. furtiu. 692
L. 8. §. 1. eod. tit. 535
L. 10. §. 3. eod. tit. 137
L. 14. §. 2. eod. tit. 745
§. 3. eod. tit. 745
L. 2. §. 3. de eo, quod certo loco 612
L. 5. eod. tit. 273
L. 10. eod. tit. 536
L. 11. §. 1. de pecunia constit. 563
L. 18. eod. tit. 505
L. 24. eod. tit. 550
L. 1. §. 8. commodati 699
L. 5. §. 2. eod. tit. 111. 650. 668
§. 4. eod. tit. 533
§. 7. eod. tit. 535
L. 17. §. 3. eod. tit. 529
L. 18. §. 4. eod. tit. 527
L. 2. de pignerat. act. 160
L. 3. eod. tit. 663
L. 8. eod. tit. 130
§. 1. eod. tit. 813
§. 5. eod. tit. 438
L. 9. §. 2. eod. tit. 311
§. 3. eod. tit. 545. 789
L. 11. §. 2. eod. tit. 736
L. 11. §. 3. eod. tit. 438. 813
L. 13. §. 1. eod. tit. 543
L. 14. eod. tit. 538
L. 17. eod. tit. 798
L. 18. eod. tit. 311
§. 2. eod. tit. 432
L. 24. eod. tit. 623
§. 1. eod. tit. 509
L. 25. eod. tit. 620
L. 26. eod. tit. 311
L. 34. eod. tit. 543
L. 35. §. 1. D. de pigneratitia actione 784
L. 43. eod. tit. 245

Libr. XIV.

L. 1. §. 5. de exercit. act. 680
L. 7. pr. eod. tit. 795
L. 2. §. 2. de lege Rhodia de iactu 89
L. 8. eod. tit. 145
L. 10. eod. tit. 660
L. 5. §. 17. de institor. act. 679
687
L. 11. eod. tit. 679
L. 20. eod. tit. 679
L. 1. pr. de SC. Macedoniano 81
L. 2. eod. tit. 301
L. 3. §. 4. eodem tit. 83
L. 7. pr. eod. tit. 82
§. 1. eod. tit. 82
§. 16. eod. tit. 79. 84
L. 9. pr. eod. tit. 79
§. 3. eod. tit. 82
§. 4. eod. tit. 82

Digitized by

L. 10. eod. tit. 80. 81. 84
L. 12. eod. tit. 507

Libr. XV.

L. 7. §. 4. de peculio 419
L. 3. §. 2. de in rem verſo 149
§. 3. eod. tit. 149
§. 4. eod. tit. 149

Libr. XVI.

L. 32. §. 5. ad SC. Velleian. 558
L. 10. §. 1. de compenſat. 712
L. 18. eod. tit. 704
§. 1. eod. tit. 704
L. 23. eod. tit. 704
L. 1. depoſiti 627
§. 1. eod. tit. 526
§. 8. eod. tit. 530
§. 9. eod. tit. 632
§. 35. eod. tit. 667
§. 36. eod. tit. 708. 735
L. 2. pr. eod. tit. 523
L. 3. eod. tit. 531
L. 5. §. 1. eod. tit. 526
L. 7. §. 2. eod. tit. 815
L. 12. §. 2. eod. tit. 526
L. 14. eod. tit. 735
L. 14. §. 1. eod. tit. 533. 534. 617
L. 17. eod. tit. 526
L. 22. eod. tit. 535
L. 24. eod. tit. 508. 526
L. 25. eod. tit. 530. 531
L. 26. eod. tit. 530
L. 28. eod. tit. 531
L. 29. §. 1. eod. tit. 531
L. 32. eod. tit. 528. 529. 653

Libr. XVII.

L. 1. §. 4. mandati 649
L. 2. §. 6. eod. tit. 660
L. 5. eod. tit. 651
L. 6. eod. tit. 650
L. 7. eod. tit. 650
L. 8. eod. tit. 651
L. 8. pr. eod. tit. 507. 598
L. 10. eod. tit. 651
L. 15. eod. tit. 652
L. 28. eod. tit. 567. 574
L. 29. eod. tit. 651
§. 2. eod. tit. 297
§. 5. eod. tit. 711
L. 33. eod. tit. 563
L. 34. eod. tit. 499. 500
L. 40. eod. tit. 651. 652
L. 41. eod. tit. 651. 652
L. 3. §. 3. pro ſocio 411
L. 5. §. 1. eod. tit. 658
L. 46. eod. tit. 600
L. 14. §. 2. eod. tit. 411
L. 16. eod. tit. 659
L. 29. §. 1. eod. tit. 656
§. 2. eod. tit. 658
L. 62. eod. tit. 655. 656
L. 51. §. 1. eod. tit. 655
§. 2. eod. tit. 656
§. 5. eod. tit. 655
§. 6. eod. tit. 655
§. 9. eod. tit. 657
L. 59. eod. tit. 657
L. 63. eod. tit. 659
L. 70. eod. tit. 670. 671
L. 79. eod. tit. 739
L. 82. eod. tit. 656

Libr. XVIII.

L. 7. pr. de contrah. emtione 600
L. 11. eodem tit. 280. 610
L. 19. eodem tit. 712
L. 35. eodem tit. 605
L. 78. §. 3. eodem tit. 448
L. 103. eod. tit. 712
L. 4. §. 3. de in diem addict. 444
L. 7. §. 1. eod. tit. 738
L. 4. §. 1. de lege commiſſoria 619
L. 1. de hered. vel act. vendit. 195. 726
L. 2. §. 1. eod. tit. 595
§. 4. eod. tit. 596
§. 18. eod. tit. 596
L. 9. de reſcind. vend. 609
L. 16. eod. tit. 609

by Google

L. 8. de peric. et commodo rei vend. 606
L. 11. eod. tit. 526. 701. 702
L. 16. eod. tit. 137

Libr. XIX.

L. 3. pr. de act. emti venditi 137
L. 11. §. 3. eod. tit. 739
L. 11. §. 5. eod. tit. 135. 280
L. 11. §. 12. eod. tit. 737
L. 11. §. 18. eod. tit. 449. 450
L. 13. §. 4. eod. tit. 135. 610
§. 5. eod. tit. 135
§. 10. eod. tit. 642
§. 20. eod. tit. 602. 604
L. 17. pr. eod. tit. 597
§. 2. eod. tit. 597
§. 7. eod. tit. 114. 497
L. 18. eod. tit. 114
L. 31. eod. tit. 194
L. 49. eod. tit. 674
L. 2. locati 631
L. 9. §. 2. eod. tit. 637
L. 13. §. 7. eod. tit. 638
§. 11. eod. tit. 638. 639
L. 15. §. 2. eod. tit. 636
§. 3. eod. tit. 636
§. 6. eod. tit. 634
L. 24. pr. eod. tit. 600
§. 1. eod. tit. 430. 431
L. 25. §. 2. eod. tit. 633
§. 6. eod. tit. 636
L. 28. §. 2. eod. tit. 632
L. 30. eod. tit. 702
L. 35. eod. tit. 633
L. 45. §. 1. eod. tit. 766
L. 51. pr. eod. tit. 632
§. 1. eod. tit. 632
L. 53. eod. tit. 439
L. 58. pr. eod. tit. 632
L. 1. pr. de aestimatoria act. 660
661
L. 1. pr. de rer. permutatione 508
§. 2. eodem tit. 662
§. 4. eodem tit. 664
L. 2. praescriptis verbis 63
L. 5. §. 1. eod. tit. 507. 661
§. 2. eod. tit. 484. 632
§. 4. eod. tit. 527
L. 16. §. 2. eod. tit. 772
L. 17. eod. tit. 662

Libr. XX.

L. 8. de pignoribus et hypothecis 124
L. 13. eod. tit. 424. 813
§. 4. eodem tit. 720
§. 6. eodem tit. 438. 784
L. 16. §. 1. eod. tit. 48
§. 3. eod. tit. 728
§. 8. eod. tit. 421
L. 26. §. 2. eod. tit. 432
L. 28. eod. tit. 805
L. 29. §. 1. eod. tit. 433
L. 31. eod. tit. 798
L. 1. in quibus causis pignus 422
794. 798
L. 3. eodem tit. 429
L. 4. eod. tit. 427. 428
§. 1. eod. tit. 437
§. 6. eod. tit. 166
L. 5. pr. eod. tit. 430
L. 6. eod. tit. 427
L. 7. eod. tit. 166. 428. 429
L. 8. eod. tit. 439
L. 1. quae res pignori 427
L. 5. qui potiores 806
L. 6. eod. tit. 806
L. 7. pr. eod. tit. 426
L. 8. eod. tit. 806. 813
L. 10. eod. tit. 421
L. 12. eod. tit. 806
§. 4. eod. tit. 441. 442
§. 10. eod. tit. 789
L. 15. eod. tit. 798
L. 18. eod. tit. 812
L. 21. pr. eod. tit. 802
L. 13. de distract. pign. 136
L. 3. quibus modis pignus 444
L. 4. §. 1. eod. tit. 442
§. 2. eod. tit. 442
L. 8. §. 6. eod. tit. 442
L. 9. eod. tit. 442
L. 17. eod. tit. 441
L. 13. eod. tit. 711

Digitized by

Libr. XXI.

L. 14. §. 7. de Aedilitio edicto 280
L. 31. §. 20. eod. tit. 332
L. 62. eod. tit. 165
L. 63. eod. tit. 630
L. 6. de euict. 187
L. 8. eod. tit. 738
L. 13. eod. tit. 737
L. 17. eod. tit. 62
L. 21. eod. tit. 738
L. 24. eod. tit. 738
L. 33. eod. tit. 738
L. 53. eod. tit. 737
L. 63. eod. tit. 737
L. 66. §. vlt. eod. tit. 737
L. 69. eod. tit. 450
L. 70. eod. tit. 737
L. 74. §. 3. eod. tit. 594
L. 1. pr. de except. rei vendit. et trad. 62

Libr. XXII.

L. 1. pr. de vsuris 287
§. 1. eod. tit. 518
L. 3. §. 3. eod. tit. 214
L. 4. eod. tit. 128
L. 8. eod. tit. 276
L. 9. pr. eod. tit. 519
L. 18. §. 1. eod. tit. 602. 604
L. 25. §. 1. eod. tit. 131
L. 28. eod. tit. 131
L. 29. eod. tit. 117
L. 32. eod. tit. 154
L. 34. eod. tit. 713
L. 38. §. 7. eod. tit. 273
L. 39. eod. tit. 276
L. 45. eod. tit. 131
L. 48. eod. tit. 173
L. 4. §. 1. de naut. foenore 519
L. 8. de probat. et praesumt. 719
L. 14. eod. tit. 718
L. 21. eod. tit. 140
L. 24. eod. tit. 355. 517
L. 25. §. 3. eod. tit. 763
L. 26. eod. tit. 712
L. 28. eod. tit. 752
L. 29. §. 1. eod. tit. 32
L. 1. §. 1. de testibus 340. 761
L. 3. pr. eod. tit. 768
§. 1. eod. tit. 760. 761
L. 12. eod. tit. 23. 257. 307. 338
373
L. 18. eod. tit. 339
§. 1. eod. tit. 760
L. 19. §. 1. eod. tit. 760
L. 27. eod. tit. 758
L. 8. de iuris et facti ignor. 60
677
L. 9. eod. tit. 60. 677
pr. eod. tit. 957
§. 3. eod. tit. 448
§. 5. eod. tit. 677

Libr. XXIII.

L. 1. de sponsalibus 39
L. 4. eod. tit. 550
L. 7. eod. tit. 39
L. 9. eod. tit. 39. 45
L. 10. eod. tit. 49
L. 14. eod. tit. 39
L. 15. eod. tit. 39
L. 16. eod. tit. 39
L. 17. eod. tit. 39. 44
L. 1. de ritu nuptiar. 52
L. 2. eod. tit. 50
L. 4. eod. tit. 45
L. 19. eod. tit. 51. 354
L. 20. eod. tit. 51
L. 25. eod. tit. 49
L. 65. eod. tit. 48
L. 67. eod. tit. 71
L. 2. de iure dotium 66
L. 5. §. 11. eod. tit. 54
§. 12. eod. tit. 53
L. 9. §. 2. eod. tit. 57
L. 10. eod. tit. 660
L. 12. §. 2. eod. tit. 135. 612
L. 17. pr. eod. tit. 529
L. 23. eod. tit. 59
L. 30. eod. tit. 56. 57
L. 31. eod. tit. 66. 57
L. 39. eod. tit. 70
L. 44. pr. eod. tit. 54
L. 54. eod. tit. 54

Digitized by Google

L. 62. eod. tit. 58
L. 64. eod. tit. 56
L. 66. eod. tit. 159
L. 68. eod. tit. 45. 50
L. 69. §. 4. eod. tit. 56
L. 70. eod. tit. 56
L. 74. eod. tit. 41
L. 76. eod. tit. 59
L. 20. §. 1. de pact. dot. 153
L. 3. de fundo dot. 165
L. 16. eod. tit. 137
L. 17. eod. tit. 61. 62

Libr. XXIV.

L. 3. §. 13. de donat. inter vi-
num et vx. 135. 292
L. 5. pr. eod. tit. 460
L. 9. §. 2. eod. tit. 345
L. 10. eod. tit. 345
L. 19. §. 1. eod. tit. 130
L. 27. eod. tit. 341
L. 31. §. 4. eod. tit. 449
L. 32. §. 24. eod. tit. 658
§. 27. eod. tit. 45. 345
L. 50. eod. tit. 134
L. 66. eod. tit. 458
L. 7. de diuort. 652
L. 1. soluto matr. 53
§. vlt. eod. tit. 130
L. 7. §. 12. eod. tit. 125. 152
L. 16. eod. tit. 218
L. 27. §. 3. eod. tit. 256
L. 24. pr. eod. tit. 60
L. 25. §. 1. eod. tit. 767
§. 3. eod. tit. 535
L. 43. §. 3. eod. tit. 594
L. 47. eod. tit. 366
L. 49. pr. eod. tit. 594
L. 63. eod. tit. 64

Libr. XXV.

L. 1. de impens. in rem dot.
fact. 115
L. 1. de actione rer. amotar. 746
L. 9. eod. tit. 767
L. 29. eod. tit. 693
L. 4. de agnoscendis et alen-
dis liberis 70
L. 5. §. 1. eod. tit. 170
§. 2. eod. tit. 71
§. 7. eod. tit. 52. 70
§. 10. eod. tit. 70
§. 13. eod. tit. 71
L. 1. §. 1. de inspic. ventre 432

Lib. XXVI.

L. 3. §. 1. de tutelis 103
L. 1. de testamentaria tutela 89
L. 4. eod. tit. 89. 93
L. 8. eod. tit. 360
L. 22. eod. tit. 88
L. 26. §. 2. eod. tit. 89
L. 28. eod. tit. 101
L. 29. eod. tit. 98
L. 31. eod. tit. 89
L. 1. de confirmando tutore
vel cur. 92
L. 2. eod. tit. 91
L. 3. eod. tit. 93
L. 4. eod. tit. 92
L. 9. de tutoribus et curatori-
bus datis ab his 408
L. 13. eod. tit. 103
L. 21. §. 2. eod. tit. 94
§. 4. eod. tit. 94
L. 2. §. 2. qui petant tut. 103
L. 3. §. 12. de administrat. et
peric. tut. 102
§. 1. eod. tit. 102
§. 7. eod. tit. 98
L. 5. §. 3. eod. tit. 98
L. 7. pr. eod. tit. 102. 270
§. 12. eod. tit. 107. 521
L. 9. §. 3. eod. tit. 107. 521
L. 12. §. 5. eod. tit. 55
L. 13. §. 2. eod. tit. 85
L. 20. eod. tit. 105
L. 42. eod. tit. 109. 425. 426
§. 12. eod. tit. 107
L. 43. §. 1. eod. tit. 680
L. 46. §. 5. eod. tit. 110
L. 55. pr. eod. tit. 98
§. 2. eod. tit. 98
L. 58. §. 1. 521
L. 21. de auctor. et cons. tut. 384

Libr.

Digitized by G

Libr. XXVII.

L. 15. pr. de excuſationibus 100
§. 1. eod. tit. 98
§. 9. eod. tit. 743
L. 28. §. 1. eod. tit. 101
L. 32. eod. tit. 92. 101
L. 4. vbi pupill. educ. deb. 85
L. 1 §. 2. de tutelae et rat. diſtrah. 85
§. 3. eod. tit. 108
§. 13. eod. tit. 547
L. 13. eod. tit. 574
L. 25. eod. tit. 426
L. 1. §. 4. de contrar. tutel. et vtili act. 712
L. 4. §. 2. de fideiuſſ. et nominator. 112
L. 42. eod. tit. 508
L. 1. pr. de magiſtrat. conuen. 744
§. 4. eod. tit. 744
L. 4. eod. tit. 111
L. 5. §. 2. eod. tit. 98
L. 9. eod. tit. 743
L. 1. de rebus eor. qui ſub tut. 167
L. 2. eod. tit. 104
L. 1. pr. de curatoribus 109
L. 7. pr. eod. tit. 103
L. 16. §. 2. eod. tit. 214. 330
§. 3. eod. tit. 408

Libr. XXVIII.

L. 1. qui teſtam. fac. poſſunt 184
L. 3. eod. tit. 184
L. 4. eod. tit. 298
L. 6. eod. tit. 184
L. 18. eod. tit. 185
L. 20. pr. eod. tit. 304
§. 1. eod. tit. 300
§. 2. eod. tit. 300. 302
§. 9. eod. tit. 299. 300
L. 20. §. 10. eod. tit. 309. 311
L. 21. eod. tit. 306. 307
L. 22. §. 3. eod. tit. 312
§. 7. eod. tit. 307
L. 24. eod. tit. 515
L. 6. de liberis et poſthum. 70
L. 9. §. 2. eod. tit. 206
L. 11. eod. tit. 215. 353
L. 12. eod. tit. 34. 352
L. 18. eod. tit. 330
L. 19. eod. tit. 375
L. 23. eod. tit. 209
L. 25. §. 1. eod. tit. 221
L. 29. eod. tit. 30
L. 1. de iniuſto rupto irrito facto teſtam. 361
L. 2. eod. tit. 320
L. 6. eod. tit. 205
L. 12. eod. tit. 481
L. 17. eod. tit. 353
L. 20. eod. tit. 355
L. 1. de his, quae in teſtam. delentur 354
§. 3. eod. tit. 314
L. 3. eod. tit. 310
L. 4. eod. tit. 315. 515
L. 15. pr. de hered. inſtit. 373
L. 32. eod. tit. 310
L. 66. eod. tit. 278
L. 69. eod. tit. 220
L. 77. eod. tit. 309
L. 88. eod. tit. 595
L. 1. §. 2. de vulg. et pupill. ſubſtitut. 234
L. 2. pr. eod. tit. 225. 226
L. 4. eod. tit. 220. 230. 231
pr. eod. tit. 227
§. 1. eod. tit. 228
§. 2. eod. tit. 226. 227
L. 7. eod. tit. 228
L. 8. eod. tit. 231. 233
L. 10. §. 5. eod. tit. 234
L. 12. eod. tit. 228. 233
L. 20. eod. tit. 316
L. 33. eod. tit. 226
L. 41. §. 2. eod. tit. 226
§. 3. eod. tit. 270. 342
§. 6. eod. tit. 263
L. 43. eod. tit. 182
L. 12. de condict. inſtitut. 220
L. 1. §. 2. de iur. deliberandi 22. 154

INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS

Libr. XXIX.

L. 3. de teſtamento militis 220
343. 454
L. 15. §. 1. eod. tit. 354
L. 28. eod. tit. 92. 233
L. 40. eod. tit. 314
L. 11. de adquir. vel om. her. 384
L. 13. eod. tit. 320. 384
L. 13. §. 3. eod. tit. 219
L. 14. eod. tit. 192
L. 25. §. 14. eod. tit. 384
L. 52. eod. tit. 652
L. 83. eod tit. 596
L. 90. eod. tit. 406
L. 97. eod. tit. 356
L. 1. §. 1. teſtam. quemadm. aperiant. 485
L. 2. eod. tit. 485
§. 6. 312
L. 5. eod. tit. 485
L. 10. §. 2. eod. tit. 314
L. 1. de iure codicill. 342
L. 2. eod. tit. 103
§. vlt. eod. tit. 270
L. 6. §. 1. eod. tit. 314
L. 8. §. 1. eod. tit. 360
L. 14. §. 1. eod. tit. 193
L. 16. eod. tit. 366

Libr. XXX.

L. 8. §. 1. de legat. 2. 651
L. 14. eod. tit. 123
L. 16. §. 2. eod. tit. 277
L. 18. eod. tit. 373
L. 32. §. 1. eod. tit. 241
L. 33. eod. tit. 372
L. 37. pr. eod. tit. 241
§. 1. eod. tit. 243
L. 40. eod. tit. 275
L. 44. §. 4. eod. tit. 244
L. 45. eod. tit. 243
§. 2. eod. tit. 245
L. 46. eod. tit. 276
L. 47. §. fin. eod. tit. 534
L. 55. eod. tit. 267
L. 71. eod. tit. 241
§. 5. eod. tit. 258. 648
L. 75. §. 2. eod. tit. 254
L. 77. §. 18. eod. tit. 411
L. 110. eod. tit. 243
L. 112. §. 4. eod. tit. 281
L. 114. §. 11. et 12. eod. tit. 154
L. 116. eod. tit. 256
L. 120. eod. tit. 275. 415
§. 1. eod. tit. 275

Libr. XXXI.

L. 7. de legat. 2. 348
L. 32. §. 6. eod. tit. 673
L. 39. eod. tit. 244
L. 43. §. 3. eod. tit. 563
L. 45. eod. tit. 29
L. 49. §. 2. eod. tit. 249
L. 66. §. 6. eod. tit. 258
L. 67. §. 3. eod. tit. 192
§. 7. eod. tit. 257
§. 8. eod. tit. 258
L. 69. §. 3. eod. tit. 215
L. 76. §. 2. eod. tit. 258
L. 77. eod. tit. 672
pr. eod. tit. 414
§. 8. eod. tit. 414. 673
L. 78. §. 1. eod. tit. 276
L. 80. eod. tit. 272. 275
L. 85. eod. tit. 256

Libr. XXXII.

L. 2. de leg. 3. 461
L. 3. §. 2. eod. tit. 240
L. 11. §. 16. eod. tit. 239
§. 25. eod. tit. 548
L. 21. eod. tit. 262
L. 22. eod. tit. 348. 349
L. 30. §. 1. eod. tit. 153
§. 4. eod. tit. 258
L. 36. §. 3. eod. tit. 612
L. 37. §. 3. eod. tit. 461
§. 5. eod. tit. 311
L. 41. §. 4. eod. tit. 260
L. 59. eod. tit. 515
L. 62. eod. tit. 29
L. 70. §. 9. eod. tit. 745
L. 77. §. 23. eod. tit. 339
L. 79. §. 1. eod. tit. — 419
§. 2. eod. tit. 244. 245

L. 81. eod. tit. 29
L. 87. §. 3. eod. tit. 473. 475
L. 89. eod. tit. 277
L. 95. eod. tit. 115
L. 102. eod. tit. 253

Libr. XXXIII.

L. 3. §. 6. de annuis legatis et fideicom. 518
L. 4. eod. tit. 137
L. 11. eod. tit. 137
L. 19. de vsu et vsufructu 255
L. 36. §. 1. eod. tit. 258
L. 14. de dote praelegata 405
L. 1. de opt. vel elect. praeleg. 252
L. 20. de instructo vel instrum. leg. 597
L. 24. eod. tit. 258
L. 2. de peculio leg. 366
L. 9. §. 2. de suppellectili legata 240
L. 14. eod. tit. 591

Libr. XXXIV.

L. 3. de alimentis, vel cibariis legatis 373
L. 7. eod. tit. 372
L. 12. eod. tit. 311
L. 14. §. 2. eod. tit. 23
L. 7. de auro, argento, mundo legatis 269
L. 9. eod. tit. 260
L. 27. §. 2. eod. tit. 496
L. 46. eod. tit. 260
Tit. de liberat. legata 497
L. 12. de liberat. leg. 418
L. 20. §. 1. eod. tit. 250
L. 28. §. 4. eod. tit. 250
L. 31. §. 4. eod. tit. 250
L. 4. de adimend. vel transfer. leg. 209
L. 5. eod. tit. 372
L. 18. §. 2. eod. tit. 397
L. 14. §. 1. eod. tit. 373
L. 32. eod. tit. 115
L. 7. de rebus dub. 193
L. 14. eod. tit. 304
L. 25. eod. tit. 309
L. 26. eod. tit. 569
L. 9. de his, quae vt indignus auferuntur. 473. 453

Libr. XXXV.

L. 1. §. 1. de condit. et demonstrat. 505
L. 4. §. 1. eod. tit. 255
L. 16. eod. tit. 436
L. 38. eod. tit. 309
L. 71. §. 2. eod. tit. 782. 123. 549
§. 3. eod. tit. 248. 270
L. 75. eod. tit. 327
L. 80. eod. tit. 253
L. 89. eod. tit. 372
L. 99. eod. tit. 248
L. 100. eod. tit. 280
L. 1. §. 4. ad legem Falcidiam 364
L. 9. §. 1. eod. tit. 703
L. 15. §. 1. eod. tit. 267
L. 18. eod. tit. 264. 270
L. 20. eod. tit. 264
L. 26. pr. eod. tit. 733
L. 29. eod. tit. 270
L. 30. §. 7. eod. tit. 270
L. 32. §. 4. eod. tit. 263
L. 36. §. 4. eod. tit. 618
L. 47. §. 1. eod. tit. 263
§. 8. eod. tit. 270
L. 69. eod. tit. 163
L. 86. eod. tit. 270

Libr. XXXVI.

L. 16. ad SC. Trebell. 360
L. 18. eod. tit. 276
§. 1. eod. tit. 268
L. 21. eod. tit. 130
L. 22. eod. tit. 217
§. 3. eod. tit. 529
L. 25. §. 2. eod. tit. 219
L. 29. eod. tit. 356
L. 43. eod. tit. 595
L. 50. eod. tit. 184
L. 59. eod. tit. 718
L. 66. eod. tit. 409

Digitized by Google

L. 68. eod. [tit.] 115
L. 78. §. 16. eod. tit. 485. 490 491
L. 5. §. 1. quando dies legator. 272
§. 2. eod. tit. 138
L. 10. eod. tit. 137
L. 21. eod. tit. 505
L. 28. eod. tit. 260
L. 1. pr. vt legatorum; seu fideicommissorum 156
§. 18. eod. tit. 165
L. 18. pr. eod. tit. 156
L. 1. pr. vt in possess. leg. 166
§. 1. eod. tit. 157
L. 3. §. 3. eod. tit. 60
L. 6. eod. tit. 160
pr. eod. tit. 155

Libr. XXXVII.

L. 3. §. 1. de bonor. possessionibus 112
§. 7. eod. tit. 409
L. 3. §. 5. de bonor. possess. contra tabulas 49. 206
L. 10. §. 4. eod. tit. 193. 194
L. 20. pr. eod. tit. 725
L. 1. §. 23. de collation. 339
§. 24. eod. tit. 398
L. 2. pr. eod. tit. 398
§. 1. eod. tit. 398
§. 4. eod. tit. 687
§. 95. eod. tit. 398
L. 18. eod. tit. 398
L. 4. de dotis collat. 256
L. 5. §. 1. eod. tit. 403
Tit. de coniungendis eum emancipatis liberis 13
L. 1. §. 5. de coniung. cum emancipat. liber. 195
§. 7. eod. tit. 187
L. 5. eod. tit. 85
L. 7. eod. tit. 85
L. 12. §. 4. eod. tit. 206
Tit. de ventre in possess. mittendo 13
L. 1. pr. de ventre in possess. mittendo 13
L. 1. §. 16. de bonor. poss. secundum tabul. 358
L. 2. de iure patronatus 183
L. 6. §. 2. eod. tit. 185
L. 16. eod. tit. 475
§. 1. eod. tit. 461
L. 3. §. 1. de obsequiis par. et patronis praestandis 211

Libr. XXXVIII.

L. 30. de operis libertor. 600
L. 39. §. 1. eod. tit. 78
L. 12. §. 2. ne bonis libertor. 330
L. 23. §. 1. eod. tit. 383
L. 1. §. 10. si quid. in fraud. patroni factum sit 610
L. 1. §. 8. si tabulae nullae exstabunt, vnde liberi 355
L. 7. eod. tit. 206
pr. eod. tit. 355
L. 1. vnde legitimi 13
L. 71. §. 10. de successoro edicto 206
L. 5. de gradibus et adfin. 68
L. 1. §. 8. de suis et leg. 382
§. 9. eod. tit. 365
L. 2. pr. eod. tit. 364
L. 2. §. 6. eod. tit. 394
L. 3. §. 11. eod. tit. 30
L. 1. §. 11. ad SC. Tertullianum 365
L. 2. §. 23. eod. tit. 36
§. 35. eod. tit. 236
§. 38. eod. tit. 38
L. 6. §. 1. eod. tit. 365
L. 7. eod. tit. 365
L. 65. §. 3. eod. tit. 408

Libr. XXXIX.

L. 1. §. 2. de op. nou. nunciat. 725
L. 3. §. 3. eod. tit. 710
L. 5. §. 2. eod. tit. 722. 723
§. 7. eod. tit. 721
§. 10. eod. tit. 720
L. 7. §. 17. eod. tit. 725
L. 8. §. 2. eod. tit. 725
L. 9. eod. tit. 720

L. 12. eod. tit. 725
L. 14. eod. tit. 721. 722
L. 15. eod. tit. 719
L. 19. eod. tit. 722
L. 20. §. 3. eod. tit. 723
§. 5. eod. tit. 723
L. 21. §. 1. eod. tit. 725
§. 7. eod. tit. 725
L. 9. §. 5. eod. tit. 162
L. 15. §. 16. eod. tit. 644
L. 1. §. 23. de aqua et aquae pluu. arcend. 175. 176
L. 2. eod. tit. 176. 342
L. 8. eod. tit. 149
L. 20. eod. tit. 342
L. 11. §. 2. de publicanis et vectigal. 702
L. 16. eod. tit. 241
L. 7. §. 5. de donationibus 78
§. 6. eod. tit. 73
L. 9. §. 3. eod. tit. 238
L. 10. eod. tit. 462
L. 13. eod. tit. 467
L. 18. eod. tit. 455
§. 3. eod. tit. 469
§. 5. eod. tit. 469
L. 19. §. 2. eod. tit. 462
L. 22. eod. tit. 456
L. 23. eod. tit. 516
L. 27. eod. tit. 462. 467. 469
L. 28. eod. tit. 548
L. 34. §. 1. eod. tit. 464. 469
L. 55. eod. tit. 58
L. 7. de mortis cauſſa donat. 600
L. 13. eod. tit. 346
L. 25. pr. eod. tit. 73
L. 27. eod. tit. 345. 346
L. 32. §. 24. eod. tit. 658
L. 35. §. 4. eod. tit. 346
§. 7. eod. tit. 138
L. 37. eod. tit. 278
L. 38. eod. tit. 278. 344

Libr. XL.

L. 17. §. 2. de manumiſſionibus 255
L. 21. eod. tit. 59
L. 4. pr. de manumiſſis vindicta 652
L. 14. eod. tit. 70
Tit. de manumiſſis teſtamento 13
L. 26. de fideicommiſſariis libertat. 276
L. 4. pr. de ſtatu liberis 275
§. 5. eod. tit. 634
L. 5. qui et a quibus manumiſſi 295
L. 12. §. 1. eod. tit. 283
L. 7. de liberali cauſſa 718
L. 42. eod. tit. 411

Libr. XLI.

L. 3. de adquir. rer. dominio 22
§. 2. eod. tit. 119
L. 5. §. 1. eod. tit. 122. 123
§. 5. eod. tit. 127
L. 7. §. 5. eod. tit. 127
§. 7. eod. tit. 129
§. 8. eod. tit. 655
L. 9. §. 5. eod. tit. 499
§. 8. eod. tit. 145
L. 21. §. 1. eod. tit. 499
L. 23. eod. tit. 122
L. 25. eod. tit. 129
L. 27. eod. tit. 129
§. 2. eod. tit. 128
L. 30. §. 4. eod. tit. 245
L. 31. §. 1. eod. tit. 126
L. 40. eod. tit. 273
L. 48. eod. tit. 636
pr. eod. tit. 232
§. 1. eod. tit. 131
L. 55. eod. tit. 121. 123. 124
L. 57. eod. tit. 754
L. 61. eod. tit. 275
L. 63. §. 2. eod. tit. 126
L. 1. §. 1. de adquir. vel amposſeſſ. 136
§. 4. eod. tit. 117
§. 15. eod. tit. 730
§. 21. eod. tit. 499
L. 3. §. 3. eod. tit. 152
§. 5. eod. tit. 117. 137. 730
§. 14. eod. tit. 119
L. 6. eod. tit. 732
L. 12. §. 1. eod. tit. 773

L. 15. eod. tit. 117
L. 17. §. 1. eod. tit. 730
L. 21. §. 1. eod. tit. 145
L. 22. eod. tit. 137
L. 23. eod. tit. 136
L. 34. eod. tit. 117
L. 47. eod. tit. 123
Tit. de vsurpat. et vsucapion. 13
L. 4. §. 12. de vsurpat. et vsucapionibus 137
L. 10. §. 2. eod. tit. 432
L. 31. §. 4. eod. tit. 103
L. 33. pr. eod. tit. 432
L. 42. eod. tit. 103
L. 3. pro herede 139

Libr. XLII.

L. 1. de re iudicata 768
L. 13. §. 1. eod. tit. 549
L. 14. eod. tit. 776
L. 15. §. 2. eod. tit. 419
L. 42. eod. tit. 769
L. 56. eod. tit. 711
L. 59. pr. eod. tit. 309
L. 62. eod. tit. 411
L. 3. de cessione bon. 782
L. 8. eod. tit. 782
L. 9. eod. tit. 782
L. 15. quibus ex caussis in possess. earum 623
L. 8. de rebus auctoritate iudicis possidendis 778
L. 16. eod. tit. 624
L. 17. §. 1. eod. tit. 41
L. 19. §. 1. eod. tit. 109. 425. 426
L. 24. eod. tit. 815
§. 1. eod. tit. 422. 794
§. 2. eod. tit. 788
§. 3. eod. tit. 809
L. 28. eod. tit. 227
L. 1. §. 12. de separat. 816
L. 3. §. 2. eod. tit. 123
L. 1. §. 2. quae in fraudem creditor. 557
L. 6. eod. tit. 394
pr. eod. tit. 717
§. 7. eod. tit. 789. 808
§. 8. eod. tit. 557. 807
L. 10. §. 2. eod. tit. 807
§. 4. eod. tit. 804
§. 12. eod. tit. 506
§. 13. eod. tit. 808
L. 17. eod. tit. 461
§. 1. eod. tit. 461
L. 20. eod. tit. 717
L. 22. eod. tit. 808
L. 24. eod. tit. 573. 778

Libr. XLIII.

L. 1. §. 3. de interdictis 117
L. 1. §. 4. quod legator. 773
L. 2. §. 1. eod. tit. 157
L. 1. §. 10. ne quid in loco publico 784
L. 2. §. 20. eod. tit. 171
L. 2. §. 38. eod. tit. 117
L. 2. de via publica 545
L. 1. §. 9. de vi et vi armata 731. 732
§. 14. eod. tit. 48
§. 23. eod. tit. 731. 732
§. 24. eod. tit. 731. 732
L. 18. §. 1. eod. tit. 773
L. 1. §. 9. vti possidetis 117
L. 2. eod. tit. 117
L. 1. §. 4. de aqua quotidiana ac aestiua 150
L. 3. eod. tit. 150
pr. eod. tit. 153
§. 4. eod. tit. 176
L. vn. §. 4. de remiss. 721. 722
L. 14. de precario 455
L. 2. de hom. libero exhibendo 549. 782
L. 3. §. 1. eod. tit. 28
L. 1. pr. de Saluiano interdicto 729
§. 1. eod. tit. 729

Libr. XLIV.

L. 16. de exceptionibus 719
L. 1. de diuers. tempor. praescript. 695
L. 11. eod. tit. 139

L. 4. §. 3. de doli mali except. 713
L. 14. eod. tit. 130
L. 1. §. 1. de obligationibus et action. 581
§. 12. eod. tit. 562
§. 13. eod. tit. 562
L. 2. pr. eod. tit. 632
§. 1. eod. tit. 632
L. 3. eod. tit. 457
L. 4. eod. tit. 581
L. 10. eod. tit. 678
L. 23. eod. tit. 40
L. 35. eod. tit. 689
L. 36. eod. tit. 693
L. 38. eod. tit. 55
L. 43. eod. tit. 678
L. 46. eod. tit. 670
L. 47. eod. tit. 565. 569
L. 55. eod. tit. 462
L. 59. eod. tit. 678

Libr. XLV.

L. 1. §. 4. de verbor. obligationibus 563. 667
§. 5. eod. tit. 474. 549
L. 2. §. 2. eod. tit. 402. 754
L. 6. eod. tit. 389. 406. 562
L. 9. §. 3. eod. tit. 612
L. 14. eod. tit. 517
L. 16. eod. tit. 138
L. 21. eod. tit. 647
L. 34. eod. tit. 239
L. 58. eod. tit. 239
L. 68. eod. tit. 549
L. 78. eod. tit. 550
pr. eod. tit. 550
L. 81. eod. tit. 549
L. 82. §. 1. eod. tit. 601
L. 83. §. 3. eod. tit. 564
L. 85. §. 6. eod. tit. 648
L. 91. §. 3. eod. tit. 579
§. 4. eod. tit. 579
L. 99. eod. tit. 579
L. 108. eod. tit. 548
L. 109. eod. tit. 563
L. 112. eod. tit. 563
§. 1. eod. tit. 649
L. 118. eod. tit. 572
L. 121. eod. tit. 548
L. 127. eod. tit. 562
L. 2. de duobus reis 554
L. 9. eod. tit. 311. 535
§. 1. eod. tit. 123

Libr. XLVI.

L. 6. de fidejussoribus et mandatar. 82
L. 7. eod. tit. 82. 572
L. 8. eod. tit. 564
§. 1. eod. tit. 582
L. 15. §. 1. eod. tit. 575
L. 21. §. 3. eod. tit. 567
L. 25. eod. tit. 82. 562
L. 26. eod. tit. 572
L. 36. eod. tit. 554. 572
L. 42. eod. tit. 568
L. 51. eod. tit. 554
L. 52. §. 2. eod. tit. 597
L. 58. §. 1. eod. tit. 576
L. 60. eod. tit. 579
L. 68. §. 1. eod. tit. 565
L. 71. eod. tit. 712
L. 6. §. 7. de novat. et deleg. 530
L. 14. §. 1. de solut. et liberat. 98. 102
L. 21. eod. tit. 572
L. 23. eod. tit. 566
L. 45. eod. tit. 543
L. 72. eod. tit. 708
L. 76. eod. tit. 573
L. 94. §. 1. eod. tit. 713. 508
L. 95. §. 4. eod. tit. 562
§. 11. eod. tit. 595
L. 96. §. 2. eod. tit. 594
L. 98. §. 8. eod. tit. 244. 247
L. 99. eod. tit. 508. 510. 512
L. 107. eod. tit. 712
L. 3. de acceptilatione 409
L. 10. eod. tit. 115
L. 14. eod. tit. 600
L. 23. eod. tit. 251
L. 1. §. 4. de stipulat. praetor. 548
L. 8. eod. tit. 784
L. 16. iudicatum solui 572

L. 22. §. 4. ratam rem habe-
ri 411

Libr. XLVII.

L. 5. pr. de furtis 692
L. 15. §. 2. eod. tit. 527. 537
L. 21. §. 5. eod. tit. 745
L. 23. eod. tit. 745
L. 26. §. 1. eod. tit. 636
L. 36. §. 2. eod. tit. 692
L. 46. pr. eod. tit. 535
§. 9. eod. tit. 136
L. 48. §. 5. eod. tit. 432
L. 52. §. 5. eod. tit. 746
§. 29. eod. tit. 622
L. 56. §. 1. eod. tit. 688. 746
L. 59. eod. tit. 527. 537
L. 61. §. 8. eod. tit. 636
L. 64. eod. tit. 272. 275
L. 92. eod. tit. 771
L. 2. de tigno iuncto 664
L. 2. §. 1. de vi bonor. raptor. 688
L. 1. §. 1. de iniur. ac famosis libell. 689
§. 3. eod. tit. 211
L. 4. eod. tit. 211
L. 5. §. 9. eod. tit. 685
L. 15. §. 15. eod. tit. 683
§. 16. eod. tit. 683
§. 27. eod. tit. 689
§. 34. eod. tit. 689
L. 17. §. 6. eod. tit. 645
L. 18. §. 3. eod. tit. 684
L. 11. stellionatus 693

Libr. XLVIII.

L. 1. §. 1. ad legem Iul. maie-
statis 690
L. 2. §. 2. eod. tit. 695
L. 7. eod. tit. 771
L. 7. §. 3. eod. tit. 691
L. 8. eod. tit. 339
pr. eod. tit. 695
L. 33. §. 2. eod. tit. 695
L. 33. §. 2. eod. tit. 695
L. 1. §. 14. ad leg. Iul. de ad-
ult. 48
L. 2. §. 2. eod. tit. 489
L. 6. §. 7. eod. tit. 50
L. 11. §. 9. eod. tit. 32
L. 22. eod. tit. 87
§. 1. eod. tit. 87
L. 29. §. 2. eod. tit. 489
L. 38. eod. tit. 695
§. 9. eod. tit. 133
L. 5. §. 1. ad leg. Iul. de vi pu-
blica 117
L. 8. ad leg. Iul. de di priua-
ta 526
L. 15. ad leg. Corneliam de si-
cariis 698
L. 29. de lege Cornelia de fal-
sis 771
L. 1. ad SC. Turpillianum 771
L. 17. §. 1. de poenis 164
L. 28. §. 10. eod. tit. 693
L. 38. eod. tit. 28
§. 12. eod. tit. 698
L. 39. eod. tit. 432
Tit. de bonis damnatorum 13
Tit. de interdictis, relegatis
ac deportatis 13

Libr. XLIX.

L. 4. de adpellationibus 100
L. 17. eod. tit. 408
L. 1. §. 7. quando appellandum
sit 704
§. 11. eod. tit. 774
L. 2. §. 7. de iure fisci 557
L. 10. eod. tit. 812
L. 17. eod. tit. 812
L. 28. eod. tit. 802
L. 37. eod. tit. 812
L. 45. eod. tit. 717
L. 46. §. 3. eod. tit. 812
L. 50. eod. tit. 641

Libr. L.

L. 1. ad municipalem 753
Tit. de extraordinariis cogni-
tionibus 650
L. 1. §. 2. de extraord. cognit. 694
§. 13. eod. tit. 634

Digitized by Google

L. 3. eod. tit. 590
L. 4. eod. tit. 760
L. 13. §. 2. de V. S. 137
L. 14. eod. tit. 536
L. 23 eod. tit. 526
L. 39. §. 1. eod. tit. 188
L. 47. eod. tit. 708
L. 53. eod. tit. 692
§. 2. eod. tit. 692
L. 76. eod. tit. 705
L. 86. eod. tit. 149
L. 110. eod. tit. 278. 526. 527
L. 118. eod. tit. 123
L. 119. eod. tit. 189
L. 120. eod. tit. 92
L. 141. eod. tit. 351
L. 142. eod. tit. 277
L. 143. eod. tit. 754
L. 152. eod. tit. 28. 372. 373
L. 176. eod. tit. 647
L. 195. eod. tit. 29
L. 198. eod. tit. 166
L. 216. eod. tit. 216
L. 220. pr. eod. tit. 328
L. 229. eod. tit. 238
L. 238. eod. tit. 417
L. 246. eod. tit. 619
L. 2. de R. I. 339
L. 7. eod. tit. 677
L. 9. eod. tit. 569
L. 10. eod. tit. 401
L. 11. eod. tit. 94. 481. 669
L. 15. eod. tit. 754. 755
L. 19. eod. tit. 81
L. 22. eod. tit. 600
L. 23. eod. tit. 653
L. 30. eod. tit. 373
L. 34. eod. tit. 187. 569. 655
L. 35. eod. tit. 358
L. 40. eod. tit. 185
L. 41. eod. tit. 611
L. 53. eod. tit. 616
L. 54. eod. tit. 521
L. 68. eod. tit. 108
L. 73. §. 1. eod. tit. 90
L. 94. eod. tit. 474
L. 111. eod. tit. 760. 761
L. 112. eod. tit. 710
L. 123. eod. tit. 290
L. 131. eod. tit. 424
L. 133. eod. tit. 145
L. 134. eod. tit. 717
L. 138. eod. tit. 283
L. 144. eod. tit. 557
L. 153. eod. tit. 538
L. 155. §. 2. eod. tit. 271
L. 156. eod. tit. 710
§. 3. eod. tit. 521
L. 158. eod. tit. 442
L. 173. §. 1. eod. tit. 619
L. 177. pr. eod. tit. 754
L. 181. eod. tit. 360
L. 183. eod. tit. 297
L. 191. eod. tit. 20
L. 203. eod. tit. 485
L. 206. eod. tit. 506
L. 207. eod. tit. 711

III.

Ex Codice.

Conſtit. de confirmat. cod. iuſt. 6

Libr. I.

L. 1. de SS. eccleſ. 166
L. 14. eod. tit. 505
L. 17. eod. tit. 505
L. 21. eod. tit. 505
L. 23. eod. tit. 136. 141
Authent. Hoc jus porrectum 105
Authent. ſi quas ruinas 644
Authent. quas action. 142
L. 33. §. 8. de epiſc. et cleric. 771
L. 48. eod. tit. 276
L. 49. eod. tit. 264
L. 51. eod. tit. 157
Authent. general. eod. tit. 154
L. 12. de epiſcop. aud. 695
L. 16. eod. tit. 60
L. 2. de haereticis 780
L. 13. eod. tit. 63
L. 19. eod. tit. 63
L. 5. de legibus 161
L. 5. eod. tit. 84

Digitized by Google

INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS

L. 2. de iure vet. enucl. 245
L. 6. de iuris et facti ignorant. 677
L. 10. eod. tit.
L. 6. de precibus imperat. offer. 283
L. 7. eod. tit. 19
L. 4. de diuersis rescript. 313

Libr. II.

L. 5. de edendo 452
L. 10. de pactis 452
L. 11. eod. tit. 398
L. 15. eod. tit. 467
L. 18. eod. tit. 551
L. 19. eod. tit. 317
L. 20. eod. tit. 136. 457
L. 21. eod. tit. 452
L. 29. eod. tit. 94. 480. 749. 785
L. 2. de transactione 487. 488
L. 6. eod. tit. 484
L. 16. eod. tit. 484. 492
L. 17. eod. tit. 484
L. 19. eod. tit. 485. 492
L. 20. eod. tit. 312. 390
L. 29. eod. tit. 485. 492
L. 38. eod. tit. 489
L. 39. eod. tit. 484
L. 42. eod. tit. 583
L. 1. de errore calculi 413
L. 1. — 2. — 3. de errore aduocat. 768
L. vlt. vt quae desunt aduocatis partium judex suppleat. 757
L. 10. de procuratoribus 698
L. 1. de negotiis gestis 130
L. 2. eod. tit. 669
L. 11. eod. tit. 72. 592
L. 15. eod. tit. 72. 73
L. 17. eod. tit. 668
L. 8. eod. tit. 521
L. 20. eod. tit. 668
L. 24. eod. tit. 652
L. 4. de his quae vi metusve caus. 739
L. 7. eod. tit. 456
L. 3. de dolo malo 492
L. 5. eod. tit. 743
L. 16. de fideiussoribus min. 561
L. 23. eod. tit. 551. 532
L. 1. si aduersus rem iud. 43
L. 1. eod. tit. 753
L. 1. si aduersus vendit. 106
Authent. Sacramenta puberum eod. tit. 106
L. 1. si aduersus don. 460
L. 2. eod. tit.
L. 1. si aduersus transaction. 43
L. 2. si aduersus solut. 677
L. 3. si aduersus fisc. 105
L. 1. si major factus 619
L. 3. eod. tit. 104
L. 3. eod. tit. 460
L. 3. de in integrum restit.

Libr. III.

L. vn. vt nemo inuitus 489
L. vlt. vbi in rem actio 728
L. vn. vbi de hereditate agatur
L. 2. de inofficioso testamento 210
L. 3. eod. tit. 726
L. 6. eod. tit. 192. 199. 726. 727
L. 7. eod. tit. 726
L. 8. eod. tit. 189
pr. eod. tit. 190. 192
§. 3. eod. tit. 190
L. 20. eod. tit. 478
L. 11. eod. tit. 19. 190. 363
L. 21. eod. tit. 190. 362. 363 378
L. 30. eod. tit. 198. 230
L. 31. eod. tit. 192. 198. 208
L. 32. eod. tit. 199. 203. 230
L. 34. eod. tit. 725
L. 35. eod. tit. 189
L. 36. eod. tit. 189. 208
§. 1. eod. tit.
L. 37. eod. tit. 474
Authentica Nouissima hoc titulo 726
L. 1. de inoff. donat. 473. 480
L. 2. eod. tit. 473. 478
L. 3. eod. tit. 474. 477
L. 4. eod. tit. 473. 477
L. 5. eod. tit. 461. 473. 475. 477

L. 6. eod. tit. 473. 475
L. 8. eod. tit. 473. 475. 477
L. 4. de petit. hered. 793
L. 7. eod. tit. 721
L. 5. de rei vind. 130. 719
L. 6. eod. tit. 58. 807
L. 13. eod. tit. 773
L. 17. eod. tit. 143
L. 19. eod. tit. 58
L. 22. eod. tit. 122. 132. 715
L. 23. eod. tit. 591
L. 1. de vſufructu et habitat. 155. 157. 160
L. 3. §. 1. eod. tit. 386
L. 2. de ſeruitut. et aqua 143. 175
L. 6. eod. tit. 533
L. 8. eod. tit. 170. 172
L. 13. eod. tit. 177. 178
L. 14. eod. tit. 177. 178. 184
L. 16. famil. erciſcundae 318. 319
L. 21. eod. tit. 318. 319. 324
L. 24. eod. tit. 268. 269
L. 26. eod. tit. 325. 326. 327. 328
L. 1. commun. vtriusque iudicii 411. 610
L. 31. eod. tit. 135. 610. 672
L. 7. eod. tit. 449
L. 12. eod. tit. 671
L. 3. de religioſis et ſumt. funer. 792

Libr. IV.

L. 3. de rebus creditis et iureiur. 764
L. 9. eod. tit. 763
L. 12. eod. tit. 763
L. 5. ne cerium petatur 555
L. 15. eod. tit. 734
L. vn. de ſuffragio 601
L. 1. de condictione indebiti 674. 711
L. 6. eod. tit. 677
L. 7. eod. tit. 677
L. 10. eod. tit. 674
L. 1. de condictione furtiua 703
L. vn. de condictione ex lege 793
L. 12. de obligat. et act. 782
L. 13. eod. tit. 734
Authentica, ſed hodie eod. tit. 430
Authentica Habita, ne filius pro patre 759
l. 12. de probationibus 137
L. 23. eod. tit. 759
L. 10. de teſtibus 304
L. 17. fide inſtrumentorum 446. 454. 456. 589. 605
L. 1. plus valere, quod agitur 447
L. 5. eod. tit. 443
L. 4. de commodato 537
L. 9. de pignerat. actione 525
L. 8. quod cum eo 565
L. 1. ad SC. Macedonianum 81
L. 3. eod. tit. 507
L. 7. eod. tit. 48. 104
L. 9. ad SC. Velleianum 677
L. 12. eod. tit. 63
L. 21. eod. tit. 558
L. 23. eod. tit. 559
Authentica, ſi qua mulier, eod. tit. 556
L. 4. de non num. pec. 78
L. 8. eod. tit. 586
L. 10. eod. tit. 586
L. 14. eod. tit. 503. 586
L. 9. de compenſationibus 704
L. 2. de vſuris 604
L. 4. eod. tit. 437. 540
L. 10. eod. tit. 519. 524
L. 11. eod. tit. 540
L. 14. eod. tit. 541
L. 17. eod. tit. 541
L. 19. eod. tit. 708
L. 24. eod. tit. 107
L. 26. eod. tit. 440. 451. 505. 523
§. 1. eod. tit. 519
L. 27. §. 1. eod. tit. 519
L. 29. eod. tit. 522. 525
L. 30. eod. tit. 525
L. 4. depoſiti 525

L. 11. eod. tit. 531
L. 1. mandati 650
L. 10. eod. tit. 651
L. 13. eod. tit. 650
L. 17. eod. tit. 650
L. 21. eod. tit. 461. 607. 650
L. 22. eod. tit. 593
L. 23. eod. tit. 593
L. 23. §. 2. eod. tit. 592
L. 4. de contrah. emt. venditione 475
L. 9. eod. tit. 600
L. 13. eod. tit. 600
L. 5. de heredit. vel act. vendita 521
L. 2. de rescind. venditione 443. 491. 606. 608. 613. 616. 617. 619. 623. 626. 636. 671. 738. 739. 740.
L. 5. eod. tit. 135
L. 6. eod. tit. 605
L. 8. eod. tit. 608
L. 9. eod. tit. 598
L. 10. eod. tit. 740
L. 1. si propter publicas pensitation. 796. 797. 798
L. 2. eod. tit. 610
L. 1. de peric. et commodo rei venditae 606
L. 4. eod. tit. 606
L. 5. eod. tit. 606
L. 2. de act. emti 739
L. 4. eod. tit. 601
L. 5. eod. tit. 602. 604
L. 8. eod. tit. 137. 601
L. 1. si quis alteri, vel sibi 58
L. 8. eod. tit. 58
L. 6. de rebus alienis non alienand. 448
L. vn. rem alienam gerentibus non interdici 425
L. 2. de pactis inter emt. et vend. 622
L. 7. eod. tit. 622
L. 9. eod. tit. 796
L. 2. de rer. perm. 598
L. 4. eod. tit. 663
L. 7. eod. tit. 507
L. 8. eod. tit. 456
L. 3. de loc. et conducto 531. 640
L. 5. eod. tit. 428. 429
L. 7. eod. tit. 577
L. 8. eod. tit. 633
L. 13. eod. tit. 535
L. 21. eod. tit. 633
L. 27. eod. tit. 452
L. 34. eod. tit. 631
L. 1. de iure emphyteutico 644
L. 2. eod. tit. 504. 644. 645
L. 3. eod. tit. 622. 648

Libr. V.

L. 2. de sponsal. 44
L. 19. de donat. ante nuptias 63
L. 20. eod. tit. 63
Authentica Dos data, eod. tit. 63
L. 6. de nuptiis 48
L. 8. eod. tit. 51
L. 12. eod. tit. 48
L. 18. eod. tit. 49
L. 19. eod. tit. 46
L. 20. eod. tit. 49
L. 6. de incestis nuptiis 695
L. 1. de secundis nuptiis 73
L. 2. eod. tit. 38
L. 3. eod. tit. 482
L. 3. de dot. promiss. 56
L. 7. eod. tit. 52. 54. 55
L. 1. de iur. dot. 59. 468. 598
L. 3. eod. tit. 59
L. 12. eod. tit. 53
L. 14. eod. tit. 54
L. 29. eod. tit. 60. 800
L. 30. eod. tit. 60. 800
L. vn. §. 15. de rei vxor. act. 59. 62. 63
L. 5. de pactis conuentis 461
L. 11. eod. tit. 799
L. 8. de donat. inter vir. et vxor. 134

L. 13. eod. tit. 459
L. 21. eod. tit. 48. 398
L. 11. solut. matr. 515
L. 5. de natural. liberis 168. 69
L. 8. eod. tit. 54
L. 10. eod. tit. 67. 68. 69
L. 11. eod. tit. 48
Authent. Licet eod. tit. 327
L. 4. de testamentaria tutela 93
L. 4. de confirmando tutore 327
Authent. matri et auiae, tit. de legitima tutela 95
Authent. minor. tit. qui dar. tut. vel curat. 92. 592
Authent. matri tit. quando mulier 94
L. 2. §. 2. de administr. tut. 95
L. 15. eod. tit. 680
L. 16. eod. tit. 59
L. 17. eod. tit. 426
L. 20. eod. tit. 108. 426. 810
L. 22. eod. tit. 59. 233
L. 24. eod. tit. 102
L. 2. de tutore vel curatore, qui satis non detit. 154
L. 1. vbi pupillus educari debet 73. 95
L. 13. §. 1. arbitr. tut. 102
L. 3. de diu. tutel. 555
L. 1. de hered. tut. 112
L. 2. de vsuris pupillar. 521
L. 3. de contrar. iudicio tut. 73
L. 1. de curatore furiosi vel prodigi 109
L. 7. pr. eod. tit. 71
L. 6. de praed. et al. rebus minor. 105
L. 16. eod. tit. 134
L. 1. de magistr. conuen. 743
L. 2. eod. tit. 112
L. 5. eod. tit. 743

[Libr. VI.]

L. 11. commun. de successorio edicto 396
Authentica praeterea vnde vir et vxor 258
L. 6. de collationibus 398. 403
L. 9. eod. tit. 374. 398
L. 12. eod. tit. 189. 403
L. 15. eod. tit. 403
L. 17. eod. tit. 398. 403. 414
L. 20. eod. tit. 189. 398
L. 21. eod. tit. 184
L. 8. qui testam. fac. possunt 182. 309. 315 316. 341
L. 2. de testamentis et quemad. testam. ordinantur 306. 307
L. 3. eod. tit. 187
L. 8. eod. tit. 283. 315. 345
§. 3. eod. tit. 187. 290. 298
L. 9. eod. tit. 187. 290. 298
§. 1. eod. tit. 338
L. 12. eod. tit. 285. 289. 290 355
L. 14. eod. tit. 329
L. 15. eod. tit. 275. 357
L. 19. eod. tit. 291. 293. 296 316. 359
L. 21. eod. tit. 318
pr. eod. tit. 326
§. 1. eod. tit. 92. 296. 316 322. 325. 328
§. 2. eod. tit. 306. 322
§. 3. eod. tit. 320
L. 22. eod. tit. 304. 322. 340
L. 13. eod. tit. 306
L. 27. eod. tit. 291. 353. 354 364. 365. 371
L. 28. eod. tit. 367. 316. 317
§. 3. eod. tit. 337
L. 29. eod. tit. 309. 310
L. 31. eod. tit. 187. 283
Authent. hoc inter, eod. tit. 356
L. 9. de instit. et substitut. 230 231
L. 3. de impuberum et aliis substitut. 229
L. 4. eod. tit. 228. 231

L. 5.

Digitized by Google

L. 5. eod. tit. 222
L. 8. eod. tit. 233
L. 9. eod. tit. 233. 235
L. 11. eod. tit. 218
Authent. ex cauſſa, eod. tit. 353
L. 2. de poſthumis heredibus 33
L. 3. eod. tit. 33. 34. 352
L. 4. eod. tit. 221
L. 6. §. 2. eod. tit. 590
L. 3. de iur. deliberandi 217. 411 417
L. 5. eod. tit. 408
L. 8. eod. tit. 408
L. 18. §. 1. eod. tit. 407
L. 21. §. 9. eod. tit. 791
§. 10. eod. tit. 416
L. 22. §. 4. eod. tit. 266
§. 10. eod. tit. 102
§. 14. eod. tit. 265
§. 15. eod. tit. 270
L. 2. quemadm. teſtam. aper. 187
L. 3. eod. tit. 312
L. 3. de edicto diui Hadr. toll. 355
L. 3. ſi quis aliquem teſtari prohib. 310
L. 1. de his, quibus vt indignis
L. 8. de codicillis 332. 337
§. 1. eod. tit. 186. 343
§. 3. eod. tit. 331. 332. 336 337. 338
L. 5. de legatis 122
L. 21. eod. tit. 275
L. 2. ſi omiſſa ſit cauſſa teſtam. 360
Authent. cui relictum, tit. de indicta vi deuitate 279
L. 12. de fideicommiſſis 416
L. 22. eod. tit. 262. 336
L. 27. eod. tit. 373
L. 29. eod. tit. 360
L. 30. eod. tit. 306
L. 32. eod. tit. 261. 263. 306 322
L. 1. commun. de legatis 270 423
L. 4. eod. tit. 276
L. 1. de his, quae ſub modo 255
L. 2. eod. tit. 255
L. 6. ad SC. Trebell. 268. 269
L. 7. §. 1. eod. tit. 386
Authent. ſed et in ea re eod. tit. 268
L. 5. ad leg. Falcidiam 264
L. 18. eod. tit. 733
Authent. ſed quum teſtator, eod. tit. 266
L. vn. de caducis tollendis 220
§. 1. eod. tit. 272. 277
§. 14. eod. tit. 278
L. 2. vt in poſſeſſ. legat. 156
L. 7. eod. tit. 155. 156. 259
L. 3. ad SC. Trebellianum 97
L. 6. eod. tit. 97
L. 3. de legitimis her. 39
L. 10. eod. tit. 96. 97
L. 13. eod. tit. 385
L. 13. §. 2. eod. tit.
L. 15. eod. tit. 363. 364

Libr. VII.

L. 17. de fideicommiſſ. libert. 316
L. 4. de liberali cauſſa 774
L. 5. eod. tit. 107
L. 7. eod. tit. 627
L. 10. de adquir. et rer. poſſeſſ. 118. 139
L. 12. de praeſcript. longi temp. 175
L. 3. de praeſcript. 30. vel 40. ann. 418. 546. 757
L. 4. eod. tit. 546
L. 7. §. 6. eod. tit. 138
L. 8. pr. eod. tit. 456
L. 1. §. 1. de annal. except. 689

Digitized by

L. 2. eod. tit. 143. 546
L. vn. de ſententiis, quae pro eo, quod intereſt 523
L. 2. de poena iudicis, qui male iudicauit 746. 747
L. 1. ſentent. reſcindi non poſſe 671
L. 2. eod. tit. 671
L. 3. de fruct. et litium expenſis 716. 756. 769
L. 4. eod. tit. 671
L. 6. eod. tit. 768
L. 18. de adpellat. 758
L. 66 eod. tit. 792
L. 5. §. 5. de tempor. et reparationibus adpellation. 758
L. 2. quando prouocare non eſt neceſſe 671
L. 1. qui bonis cedere poſſ. 783
L. 3. eod. tit. 783
L. 8. eod. tit. 781. 783
L. 11. eod. tit. 781
L. 2. de priuil. fiſci 800. 805
L. 7. eod. tit. 805

Libr. VIII.

L. 2. vnde vi 601
L. 11. eod. tit. 140
L. 3. de aedificiis priuatis 23
L. vn. de nou. oper. nunc. 723
L. 2. de pignor. et hypothecis 435. 789
L. 3. eod. tit. 525
L. 17. eod. tit. 806. 807
Authent. Hoc ſi, eod. tit. 439
L. 1. in quibus cauſſis pignus tacite 797. 798
L. 5. eod. tit. 428. 429
L. 9. quae res pignori 448
L. 4. qui potior. in pign. 800 813
L. 7. eod. tit. 806. 807
L. 11. eod. tit. 420. 796. 813
L. 12. eod. tit. 41. 800. 801
§. 1. eod. tit. 800
L. 1. de partu pignoris 432
L. 2. eod. tit. 542
L. 9. de diſtract. pignor. 137
L. 13. eod. tit. 436
L. 12. de contrah. et committ. ſtip. 517
L. 14. eod. tit.
L. 2. de duobus reis 553. 554
L. 4. eod. tit. 555
L. 5. eod. tit. 578
Authent. Hoc ita eod. tit. 554
L. 3. de nouat. 705
L. 8. eod. tit. 709
L. 9. de ſolut. et liberat. 708
L. 14. eod. tit. 515. 588
L. 15. eod. tit. 588
L. 16. eod. tit. 508
L. 19. eod. tit. 708
L. 4. de euictionibus 623
L. 23. eod. tit. 732
L. 24. eod. tit. 603
L. 27. eod. tit. 449
L. 1. de patr. pot. 85
L. 9. eod. tit. 70
L. 2. de emancipat. 296
L. 4. eod. tit. 19
L. 4. de poſtliminio reuerſis 56
L. 1. quae ſit longa conſuetudo 23
L. 1. de donationibus 515
L. 2. eod. tit. 468
L. 3. eod. tit. 461

INDEX LEGVM IVRIS CIVILIS

L. 10. eod. tit. 478
L. 18. eod. tit. 455
L. 26. eod. tit. 402
L. 27. eod. tit. 464. 466
L. 30. eod. tit. 357. 466
L. 32. eod. tit. 357. 466
L. 34. eod. tit. 474
§. 1. eod. tit. 451. 464
L. 35. eod. tit. 455. 457. 464
§. 4. eod. tit. 461
§. 5. eod. tit. 465
L. 36. eod. tit. 465
L. 37 eod. tit. 345
L. 1. de donat. quae sub modo 136. 793
L. 1. de reuoc. don. 479
L. 7. eod. tit. 479
L. 8. eod. tit. 461. 481. 482
L. 9. eod. tit. 478
L. 10. eod. tit. 477. 478. 483
L. 2. de donat. mortis cauſſa 264
L. 4. eod. tit. 278. 424. 467

Libr. IX.

L. vn. ſi quis imp. maledix. 691
L. 5. ad leg. Iul. maieſtatis 216
pr. eod. tit. 691
L. 18. ad leg. Iul. de aduct. 696
L. 20. eod. tit. 682
L. 22. eod. tit. 682
L. vn. quando ciuil. actio crim. praeiud. 688
L. 5. de iniuriis 690
L. vn. de famoſis libellis 685
L. 4. de quaeſtionibus 695

Libr. X.

L. 5. de fide et iure haſtae fiſcalis 608
L. vn. de theſauris 124. 126
L. 2. de exactor. tributor. 783
L. 1. de praed. decur. 610
L. 2. §. 3. de vacat. mun. 618

Libr. XI.

L. 1. de naufragiis 144
L. 1. de vet. num. poteſtat. 513
L. vn. de ſtud. liber. vrb. Rom. 635
L. 6. de ſpectac. 695
L. 1. de fundis patrimoniał. 648
L. 2. eod. tit. 645

Libr. XII.

L. 9. de profeſſor. et medicis 590
L. 1. de metatis 638

IIII.

Ex Novellis.

Nov. I. cap. 1. 269. 360
cap. 2. 265. 266. 267. 270 410
Nou. II. cap. 5. 160
Nou. III. 439
Nou. IV. cap. 1. 438. 439. 571
cap. 3. 575
Nou. VII. 646

Nou.

CONSPECTVS.

PROLEGOMENA 3

Caput primum de iure ciuili eiusque libris in genere 3

Caput secundum de legibus earumque speciebus 15

SECTIO PRIMA DE IVRIBVS AC OBLIGATIONIBVS EX STATV PROMANANTIBVS 28

Caput primum de statu naturali 28

Caput secundum de statu ciuili 38

Membrum primum de iuribus atque obligationibus coniugum 38

Membrum secundum de iuribus atque obligationibus parentum ac liberorum, sororum ac fratrum 67

Membrum tertium de iuribus ac obligationibus tutorum ac pupillorum: curatorum ac minorum 86

SECTIO SECVNDA DE IVRIBVS ET OBLIGATIONIBVS REALIBVS 113

Caput primum de rebus iuribusque in re generatim spectatis 113

Digitized by Google

Caput ſecundum de dominio 119
Caput tertium de ſeruitutibus 145
Caput quartum de hereditatibus 179
Membrum primum de teſtatoribus 179
Membrum ſecundum de heredum inſtitutione, legatis ac fideicommiſſis 188
Membrum tertium de forma in vltimis voluntatibus adhibenda 283
Membrum quartum de modis, quibus teſtamenta rumpuntur; vel reſcinduntur 347
Membrum quintum de ſucceſſione ab inteſtato 374
Caput quintum de iure pignoris 417

SECTIO TERTIA DE IVRIBVS AC OBLIGATIONIBVS PERSONALIBVS 445
Caput primum de conuentionibus generatim ſpectatis 445
Caput ſecundum de pactis nudis 452
Caput tertium de pactis veſtitis 455
Membrum primum de donatione 455
Membrum ſecundum de transactione 484
Caput quartum de contractibus veris nominatis 495
Membrum primum de contractibus realibus 495
Subſectio prima de mutuo 495
Subſectio ſecunda de depoſito 526
Subſectio tertia de commodato 532

Sub-

Digitized by Google

Subſectio quarta de contractu pigneratitio 538
Membrum ſecundum de contractibus verbalibus 547
Subſectio prima de ſtipulationibus generatim ſpectatis 547
Subſectio ſecunda de fideiuſſionibus 556
Membrum tertium de contractu chirographario 581
Membrum quartum de contractibus conſenſualibus 589
Subſectio prima de emtione venditione 589
Subſectio ſecunda de locatione conductione 630
Subſectio tertia de contractu emphyteutica-rio 643
Subſectio quarta de mandato 649
Subſectio quinta de ſocietate 653
Caput quintum de contractibus innominatis 660
Caput ſextum de quaſi contractibus 664
Caput ſeptimum de factis obligatoriis illicitis 681
Caput octauum de modis tollendi obligationes 703
SECTIO QVARTA DE REMEDIIS IVRA EXERCENDI LEGITIMIS 714
Caput primum de actionibu 714

CONSPECTVS.

Caput ſecundum de modo procedendi ordinario 748

Caput tertium de concurſu creditorum 777

Membrum primum de concurſu creditorum generatim ſpectato 777

Membrum ſecundum de creditoribus ſuum petentibus 787

Subſectio prima de creditoribus, quibus extra concurſum eſt ſatisfaciendum 787

Subſectio ſecunda de creditoribus in concurſu locandis 790

INTRO-

Digitized by

EXPLICATARVM VEL ALLEGATARVM.

Nou. IX. 112. 142
Nou. XII. cap. 1. 694
cap. vlt. 67
Nou. XV. cap. 5. 188
Nou. XVIII. cap. 1. 189. 193. 198
cap. 6. 39. 398. 405
cap. vlt. 67
Nouell. XXII. 280
cap. 23. 387
cap. 31. 94
cap. 33. 49
cap. 44. 279. 280
cap. 46. 387
Nou. XXIII. cap. 1. 774
Nou. XXXVIII. 193. 439. 456
478
Nou. XXXIX. 11. 185
cap. 2. 65. 682
Nou. XLIV. cap. 1. 357
Nou. LI. 11
cap. 1. 63
Nou. LIII. cap. vlt. 396
Nou. LX. 11
Nou. LXXII. cap. 1. 100
cap. 3. 90. 100
cap. 4. 91
Nou. LXXVII. 11
Nou. LXXXI. 83
Nou. LXXXIV. cap. 2. 393
Nou. LXXXVII. 346
Nou. LXXXIX. cap. 8. 67. 69
cap. 9. 377
cap. 12. 327
cap. 15. 378
Nou. XCI. 801
Nou. XCII. 191. 269
Nou. XCIII. 11
Nou. XCVII. cap. 2. 800
cap. 3. 422
cap. 3. 807
Nou. XCVIII. 18
Nou. XCIX. cap. 1. 553
Nou. CVII. 325
cap. 1. 91. 313. 317. 319
323. 325. 326. 328
329. 331
Nou. CX. 361
Nou. CXI. 141. 142
Nou. CXII. cap. 1. 438
cap. 13. 270
Nou. CXIII. cap. 5. 108
Nou. CXV. 367. 368
cap. 3. 188. 198. 203. 204
206. 208. 212. 213
361. 370
cap. 4. 97. 213
cap. 5. 396
Nou. CXVII. 199. 489
cap. 1. 73
cap. 5. 396
Nou. CXVIII. cap. 1. 198. 375
376. 381
cap. 2. 268. 269. 384. 386
cap. 3. 385. 391. 392
cap. 4. 363
cap. 5. 95. 425. 558
cap. pen. 93. 456
Nou. CXIX. 268. 439. 489
cap. 3. 269
Nou. CXX. cap. 1. 644
cap. 8. 643
Nou. CXXI. 624
Nou. CXXIII. cap. 6. 560
Nou. CXXIV. cap. 4. 490
Nou. CXXVI. cap. 1. 439. 489
Nou. CXXVII. 388

Digitized by Google

cap. 3. 392
cap. 4. 371
Nou. CXXXIV. cap. 8. 556
cap. 10. 696
Nou. CXXXVIII. 524

V.

Ex Novellis Leonis.

Nou. XXXIX. II. 185
Nou. XXXXI. II. 186
Nou. LI. II
Nou. LX. II
Nou. LXXII. II
Nou XCIII. II
Nou. XCVIII. II

III.

INDEX RERVM.

A.

Ablatiuus casus apud veteres iurisconsultos nonnumquam adhibetur pro adcusatiuo, 86
Absens, quando pro mortuo est habendus, 35
Abortus crimen, in eo puniendo haud dispicitur, vtrum foetus fuerit animatus; nec ne? 699
Absentia tertii, restitutionem in integrum haud efficit, 144
Abusus, ob eum finitur vsusfructus, 161
in rebus filii familias haud efficit peculium aduentitium irregulare, 76
Academia, eius membra foro suo renunciare nequeunt 750
Academicus forum reconuentionis declinare nequit 751
Acceptatio ad donationem requiritur, 462
Accessio quatenus est thesaurus, 126
Accrescendi ius non competit emtori hereditatis 595
habet locum inter legatarios verbis coniunctos 277
obtinet in mortis causa donationibus 278
Accusatiuus, casus, eius loco adhibetur nonnunquam a veteribus iurisconsultis ablatiuus, 86
Actio a iudice eius ob praescriptionem reiicitur, licet ea a reo non sit opposita, 757
separatim ob fructus rei vindicatione neglecta instirui nequit, 716
ad repetendos sumtus ei non competit, qui alieno in solo sua ex materia aedificat 129
non oritur ex pacto nudo 452
aestumatoria coniungi potest cum actione iniuria-

riarum ciuili, 686. non vero cum recantatoria 687
de *euictione*, ad illud saltim tendit recuperandum pretium, quod tempore euictionis fuit 736. non semper litis denunciationem supponit 737
emti venditi instituitur ob laesionem enormem 738
in *factum* contra iudicem instituitur ob culpam leuem; vel leuissimam, 746
furti contra eum instituitur, qui participem se reddidit furti ope ac consilio, 691. et ob furtum rei minimae locum habet 745
hypothecaria locum habet ob nomen oppignoratum, 418. atque admittit alternatiuum petitum, si instituitur contra tertium, non vero, si conuenitur ea tertius, *ibid.*
iniuriarum, quae instituitur contra iniuriam realem, praescribitur anno, 689. ac currere incipit ab eo momento, quo iniuriae is, cui est illata, accipit notitiam, *ibid.* ex L. 2. C. *de resc. emt. vend.* est actio emti 738
non locum habet aduersus tertium 740
mandati extendit se ad honorarium promissum 649
negatoria libertatis probationem non requirit 718. in ea tamen actor demonstrare debet praedii sui dominium ac possessionem 715
negotiorum gestorum haud tendit ad id quod mandatarius, mandatum transgrediens, impendit, 651
Pauliana est actio realis, si reuocatur res a debitore alienata 716. locum non habet ob renunciationem hereditatis a debitore factam 717 atque instituitur contra creditorem, qui ius prioritatis in fraudem aliorum sibi adquisiuit 807
personalis non obtinet aduersus debitoris debitorem, 734
pigneratitia ante solutum debitum non est nata 735. aduersus tertium institui nequit 735
praeiudicialis opponitur actioni personali aeque ac reali 714
priuatoria emphyteuseos institui nequit a domino, qui accepit canonem, 645. non obtinet; nili dolo vel lata culpa emphyteutae est factum, vt solutus haud sit canon 646
realis non liberat a cautione

Digitized by Google

tione pro reconuentione et expensis 754
recantatoria est ciuilis actio; nec cum aestimatoria cumulanda, 687
de *recepto* aduersus aurigas locum habet 744
tutelae vtilis instituitur aduersus magistratum ob damna, per tutelam, pupillo illatam, 743
venditi, qua retrouenditio petitur, exspirat inter 30. annos, si terminus non est praescriptus 741
Actionum cessio a fideiussore peti nequit, si eam sibi non est stipulatus, antequam creditori soluerit, 567
Actor non debet esse in bona fide, quum instituit actionem 747
Actuarius ad recipiendum testamentum deputatus, illud recipit sine scabinis vel testibus, 294
Actus comprehendit quoque ius agendi vehiculum 172
Administratio non semper competit vsufructuario 158
Adoptio haud peragi potest ab eo, qui liberos generare nequit, 69
Adpellatio, quatenus ob excusationem, tutori competentem locum habet 100
Adquisitio ferae bestiae, per id haud fit, quod vagatur in loco circumsepto 119
fit per capturam eius in fundo alieno 122
non per illius vulnerationem 122
Adiudicatio excludit retractum 624
Adulterium haud admittit transactionem 488
Aduocatus testis esse nequit in causa clientis 762
eius error post lapsum trium dierum aliter nequit impugnari; quam si sit rite probatus 768
in quarta classe creditorum honorarium expectat, quod ipsi obaeratus debet 815
Aedes altius tollere potest qui habet seruitutem altius tollendi 170
Aedibus vicini quidquam imponendi facultatem, seruitus altius tollendi haud tribuit, 170
Aedificans non habet actionem, qua repetit sumtus, si in solo alieno sua ex materia aedificauit 129
Aedificium est praedium vrbanum 166
Aegrotus cum medico valide emtionem venditionem init 490
Aequitas sola haud fundamentum est vsurarum 518

Digitized by Google

Aeſtimatio quatenus conuertit permutationem in venditionem 598
Aeſtimatorius contractus eſt contractus innominatus 660
dominium haud transfert 660
Alienatio bonorum filii patri interdicta, cum vſufructu ipſorum non priuat. 75
rerum pupilli quatenus conualeſcit 104. ac requirit decretum iudicis aeque ac ſubhaſtationem 104. firmatur iureiurando 106
fit in contractu mutui 495
Alimenta, a quo tempore liberi illa a parentibus expectare poſſunt 70
praeſtare non debet auus nepoti 70
quatenus ea a liberis parentes repetunt 72
ad ea praeſtanda frater non eſt obligatus, 83
ob ea hypothecam tacitam in bonis mariti vxor non habet 431
Alueus derelictus, cui competit 157
Anaſtaſiana lex, quatenus obſeruatur 592
Annui canones, eorum praelationis ius 798
Annui reditus, ius eos poſcendi, ſolo lapſu temporis haud praeſcribitur 137
Antichreſis ad redditionem rationum creditorem haud obligat prius; quam ſi demonſtratum ſit, vſurariam prauitatem ſub illa latere 540
tacite datur 539
Apocha tutoris debitorem pupilli haud liberat 110
Area vicini, verſus eam alter vicinus feneſtras ſuas aperire poteſt 171
cedit legatario, licet ſuperſtructa fuerit a teſtatore, 244
Argentum alienum, quatenus ſub ſupellectili legata continetur 240
Arreſtum non ſiſtit vſuras 519
Arrha non confertur 399
non reſtituitur, ſi res ex lege commiſſoria venditori eſt ſubſtituenda 619
Artes illicitae, quid obtineat, ſi per illas theſaurus inuenitur 125
Aſcendentes eorum in ſucceſſione diſcrimen bonorum haud attenditur 385
Auia legitima priuari poteſt per ſubſtitutionem pupillarem 231
Auriga haud conueniri poteſt actione de recepto 744
Authentica quatenus vim legis habeant, 9
Auus dum viuit, liberi ipſius filium; ſeu filiam tamquam ipſorum parentes alere nequit 71
ma-

Digitized by Google

matri in tutela praecedit 94
non est obligatus ad alendum nepotem illegitimum 70
legitima priuari potest per substitutionem pupillarem, 231
maternus nepotes suos praeterire nequit; sed testamentum eius est nullum 204

B.

Beneficium excussionis cessat, si quis beneficiis fideiussoriis generatim renunciauerit, 565
denegari fideiussori nequit, licet iureiurando fideiussionem confirmauerit, 567
fideiussori competit, licet tamquam debitorem principalem se obligauerit 568
cessat, si concursus creditorum est ortus 571
Bestia fera vid. *fera bestia.* 777
Biennium haud requiritur post sponsalia inita, vbi agitur ad matrimonii consummationem 44
Bigamia iure Romano non est delictum capitale 696
Bona fides ea praeditus esse debet possessor, si fructus lucrari velit, 131
non requiritur in praescriptione extinctiua 139
heredi haud est vtilis, si defunctus *in* mala fide est 139
non est probanda 140
sola *litis* contestatione non tollitur, 44
Bona in dubio sunt non dotalia, 59

C.

Caput liberum, quid sit in definitione tutelae 86
Casus, quatenus quis se ad insolitos obliget 448
Cautio pro reconuentione et expensis praestanda quoque est in actione reali, 754. pignoribus; vel fideiussoribus praestanda est ab actore, si, eam actorem praestare posse, reus monstrat, licet iam in sententia ipsi permissum sit, iuratoriam praestare 755
vsufructuaria iureiurando praestatur, ab vsufructuario, si non habet fideiussores 154. cessat in vsufructu, quem donator sibi in re donata reseruauit, 154. a testatore remitti nequit, 155. omnino autem remitti potest a proprietario, 157. per eius remissionem a testatore factam vsusfructus non vitiatur, 160. inter substantialia quasi vsusfructus referri nequit, 165

Cedens praeſtat euictionem veritatis ac bonitatis, 593.
Ceſſio bonorum eius beneficio renunciare potest debitor, 781. habet locum ob debita fiscalia 782. ad eam prouocare nequit, qui moratorium obtinuit, 783
vſusfructus illum non finit 159
Ceſſionarius non potest exigere vſuras vſurarum ſolutarum 520.
Ceſſus debitor, quatenus opponat exceptionem compenſationes 705.
Chirographarius contractus fundatur ſola in ſcriptura 581
Chirographum, eius ex redditione ad remiſſionem debiti non ſemper concludendum eſt, 515. nec eius ex combuſtione 516. verumtamen per iſtam probari illa poteſt 588.
Ciuitates contra eas quadragenaria praeſcriptio locum habet, 141.
Clauſula codicillaris valida eſt, ſi a notario inſcio teſtatore adiecta, 341. tacite non in vltima voluntate continetur, 342. ac ſuſtinet teſtamentum, quo heres neceſſarius eſt praeteritus 350
derogatoria eſt fruſtranea, etſi ſit iureiurando firmata, 374. haud reddit poſterius teſtamentum inualidum 347.
Clericus fideiubére nequit 360.
Codex repetitae praelectionis derogat digeſtis 6.
derogat inſtitutionibus 8.
Codicilli dantur ſine teſtibus validi 336.
haud admittunt inter teſtes mulierem, 338.
nec legatarios ac fideicommiſſarios, 340.
requirunt ſex teſtes, vbi eos coecus condit 340.
Coecus non debet inter liberos ſolemniter teſtari 182.
teſtis in teſtamento eſſe nequit 298.
quatenus ei praelegendum ſit teſtamentum 313
eius in codicillis ſex requiruntur teſtes 340
Cognati, ſi heredes inſtituti, ſolum proximiores vocati cenſentur 215
Collatio ab emancipatis iure poſcitur, 397
in donatione ſimplici ceſſat 398.
atque arrha 399
extenditur ad poenam, a parentibus pro liberis ſolutam 400
a nepotibus exigitur 401
rerum non extantium

ſit

fit secundum earum pretium 405
poteſt expreſſe ac tacite prohiberi, 405
Collectae in prima claſſe indiſtincte locandae ſunt 796
Colonus ſuſcipere debet periculum fructuum ſeparatorum 636
Combuſtio chirographi haud demonſtrat remiſſionem debiti 515
Commodans commodatarium ob damna illata recte conuenit, licet rem commodatam iam acceperit 536
reuocare poteſt rem commodatam ante finitum vſum 532
Commodatarius ad omnem diligentiam praeſtandam eſt obligatus 533
rei commodatae aeſtimationem non ſemper praeſtat, ſi penes eum res commodata periit 533
ſi pluribus res ita eſt commodata, vt quilibet eorum in ſolidum ſe obligaret, contra ſingulos actio in ſolidum obtinet 535
Commodatum excludit compenſationem, 536
Communis opinio non facit conſuetudinem; nec probat, 26
Compenſatio excluditur in commodato 536
ea competit haud marito contra creditorem vxoris ſuae debitorem 703
poteſt fieri cum nomine ceſſo, quod ipſe debet debitori ceſſo 704
quatenus eam opponat debitor ceſſus 705
locum habet in debito, cuius ſolutio iurato promiſſa 706
quatenus locum habeat in concurſu 707
eius omiſſione debitum non remittitur 712
Competentiae beneficium competit ſocio particul. 658
Concurſus priuat fideiuſſores debitoris beneficio excuſſionis 571
eius initium eo momento incipit, quo bona debitoris in creditores translatae ſunt 777
in eo creditores, qui iudici ſunt cogniti, ſpeciatim citari debent 787
extra eum depoſitum irregulare peti nequit, niſi adhuc extet 787
extra eum haud ſatisfit venditori, qui hypothecam in re emta ſibi reſeruauit 787
in eum immiſcere haud debet creditor, qui pignus poſſidet 789
in eo ſumtus funeris omnibus reliquis creditoribus praecedunt 790

hisque aequiparandi sumtus pro cura vltimi morbi; 791
haud vero ii, a quibus debitoris liberi; vel alii cognati vestes lugubres compararut 792
Neque minus in eo praefertur omnibus creditoribus is, qui pecuniam hereditariam petit 793
in eodem primam in classem veniunt opifices, quoram opera aedes sunt refectae, 794
atque ii, qui ad id pecuniam crediderunt, si eam ad refectionem adhibitam esse, monstrare possunt 795
venditor, qui ob pretium reseruata est hypotheca 795
fiscus intuitu collectarum quibusuis generis 796
ac dominus directus petens canonem annuum 798
ac laudemium 799
in eo vxor ob dotem, quam petit, praecedit creditoribus antiquioribus hypothecariis 799
in eo liberi ob dotem, a matre illatam, eadem habent iura, 801
vxor in eo praecedit fisco in bonis, post contractum quaesitis 802
ibidem quisquam inter creditores hypothecarios locum ideo, quod vni eorum satisfecit, haud est locandus; 809
contigit tamen id liberis pecuniam lustricam poscentibus 809
ac iisdem, si bona materna et quae sunt materni generis, repetunt 810
neque minus pupillis ac minoribus, quorum tutelam et curam habuit debitor, 811
minime vero tutores et curatores ratione eius, quod a debitore exigere possunt actione tutelae contraria, ac 811
in eodem hypothecae tacitae cum publicis secundum earum aetatem locantur ac praecedunt priuatis 813
neque minus praetoriae 814
in eodem fiscus ratione poenae, quam debet obaeratus, creditoribus quartae classis adnumeratur, 811
huic accedit aduocatus, honorarium petens, 814
atque is, cui debetur mutuum gratuitum; 814
opifices vero priuilegio hoc haud fruuntur 816
Condictio indebiti, quatenus repetantur ea alimenta, liberis praestita, 72
quatenus ea peti queant vel repeti vsurae 673
edid haud tendit, quod ig-

ignorantia iuris est solatum 676
omnino vero competit pupillo contra eum, cui quidquam sine tutoris soluit auctoritate 678
est actio bonae fidei 742
ac locum habet, licet ei sit renunciatum 742
Conditio casualis; aut *mixta* institurioni filii familias adiici potest 202
impossibilis sponsalibus adiecta, ea non vitiat, 39
si non nupserit est seruanda a vidua nostra aetate 281
religionis adfirmatiua est turpis; nec pro adiecta habenda 282
Conductor foro locatoris non est subiectus, 752
Conferens soluit vsuras 403
Confusio non extinguit obligationem 711
Coniuges quis eorum primum sit mortuus, si simul perierint 397
Consilium sufficit ad fundandam actionem furti 691
Consobrini, iis est permissum, inire matrimonium, 46
Consuetudo quodnam temporis spatium ad eius introductionem requiratur 22
quotua actus 23
solo iudicis testimonio haud probatur, 24
valet, etsi iudicio haud sit confirmata 25
solo non vsu legis haud introducitur 26
eam communis opinio non facit; nec probat 26
Consumtio tribuit possessori, b. f. dominium fructuum irreuocabile 132
Contractus bilateralis, haud excludit processum executiuum, si eius implementum in continenti probari potest, 776
do vt des differt a permutatione, 662
emphyteuticarius haud requirit scripturam 643
innominatus non est transactio 484
pigneratitius ei pactum commissorum adiici non debet, 542. in illo culpa leuis est praestanda, 543
ex eo celebrato creditor sortem petere potest, licet pignorata res perierit ac creditor culpam commiserit leuissimam, 538.
potest eo pacto iniri, vt creditori pignus emtum sit, si statо die debitor non soluit, 538 haud admittit retractum 625
Contradictio extraindicialis non interrumpit praescriptionem rerum immobilium, 143

Digitized by Google

Corporalis res, vide res. 90
Correus debendi, ab eo ſolidum peti poteſt, licet exacta ſit ab altero virilis portio 537
etiam lis contra alterum inſtituta 552
poteſt a reliquis rata eorum poſcere, ſi creditori ſoluit 558
habet beneficium diuiſionis 553
haud habet beneficium excuſſionis, ſi vni correorum mutuum eſt nominatum, 555
Creditor poteſt a patre tutor nominari 90 nec amittit creditum, licet id non profeſſus ſit, ſi a patre nominetur, 91
ei offerre debet ſolutionem debitor 504
in pretio eorum nummorum, quos debitor accepit, adquieſcere haud debet 508
ſtipulari ſibi poteſt ius emphyteuticum 525
repetit ſortem, licet res, quae ob eam ipſi erat oppignerata, penes eum pericrit ac culpam leuiſſimam commiſerit 538
perdit hypothecam qualificatam, ſi ſibi ſtipulatur hypothecam expreſſam 799
Crimen laeſae maieſtatis committitur in conſiliarios principis qua talis 690
Curator eius conſenſu minor in ſponſalibus non indiget, 50
minori furioſo datus, non eſt curator aetatis, 103
eius per conſtitutionem vſufructuario non adimitur vſusfructus 158
prodigi, in illius bonis prodigus habet hypothecam tacitam. 109

D.

Datio in ſolutum non excludit retractum, 623
Debitor poteſt a patre tutor nominari 90
ſi pupillo debet, non liberatur apocha tutoris, 110
ſolutionem offerre debet creditori, 504
aeſtimationem rei, quam ex mutuo debet, creditori obtrudere nequit 508
retinet nominis contra legem Anaſtaſianam ceſſi partem, qua pretium pro eo datum ſuperat 592
liberatur debiti oblatione rite peracta 708
ac per ſententiam abſolutoriam, quae vires rei iudicatae eſt nacta 710
Debitum eius ſolutio moneta reproba peragi nequit 509
quatenus ſoluendum ſit in moneta alia, quam accepit a debitore 410
eius

eius remissio ex reddi-
tione vnius chirographi
non est colligendum 515
nec ex combustione 515
Decendium, inter quod re-
medium contra senten-
tiam interponendum est,
incipit a momento, quo
litigans ad eius peruenit
notitiam 774
Decennium, quod ad reuo-
cationem testamenti acce-
dere debet, a tempore
confecti testamenti est
computandum 353
Decisiones praeferuntur di-
gestis 9
Decretum iudicis non re-
quiritur absolute ad alie-
nationem rerum pupilli 104
Delegatio locum non ha-
bet; nisi animus no-
uandi expresse declare-
tur, 709
Delictum committit, qui
ad id persuasus est, 681
est vel publicum; vel
priuatum 682
Deponens depositum irre-
gulare extra concursum
a debitore petere nequit
nisi adhuc exstet 787
Depositarius habet ius re-
tentionis ob impensas
necessarias 527
non semper rei depositae
aestimationem reddit, si
rem depositam, saluis re-
bus suis amiserit 528
Depositum rei immobilis
datur 526
ab eo depositarius rece-
dere nequit ante finitum
tempus 529
irregulare quamdiu ma-
net depositum 530
irregulare tacitum, in
eo cessant vsurae 531
Designatio parentum non
semper voluntatem eo-
rum probat, sumtus,
pro liberis factos, ipso-
rum portioni imputandi 404
Dies, quatenus pro homine
interpellat 517
Digesta iis derogat codex
repetitae praelectionis 6
quatenus praeferantur in-
stitutionibus 7
atque iis praeferuntur
decisiones 9
eorum codex Florentinus
non est archetypon, 12
ab hoc tamen reliqui co-
dices manuscripti sunt
deriuandi 12
Dignitas mariti eam vidua
non amittit, si impudice
viuit 64
Distinctio bonorum quate-
nus locum habeat inter
collaterales 393
Diuersoria, eorum lecti
sunt res immobiles 114
Diuisio modica nullo
modo impugnari potest 411
a patre facta excludit
haud obligationem here-
dum,

dum, euictionem praeſtandi 414
rei communis ei renunciari poteſt, 670. propter laeſionem enormem reſcinditur, 671. licet per ſortitionem ſit facta 671. ob illam heredes ſibi praeſtare debent, licet a patre ſit facta 672
eius beneficium habent correi 553
eius receptio ſocio non eſt deneganda, ſi cum reliquis ſociis ſimul contraxit 658
Documenta, per ea praeſcriptio immemorialis probari poteſt, 142
Dolores ob eos nihil petere poteſt vulnerandus, 677
Dolus, ſi ob illum contractus eſt nullus, non tranſit dominium, 135
Dominium eſt ius in re, 116
non tranſit rei, ex contractu ob dolum nullo traditae 125
ad illud transferendum traditio eſt neceſſaria 136
eius reſeruatio venditorem haud obligat ad ferendum caſum 666
Dominus quatenus theſaurum vindicet, per artes illicitas inuentum 125
Domus, ſi ad nouam emendam pecunia creditur, creditor non habet pignus tacitum, 421
Donatarius habet hypothecam tacitam, 425
Donatio non eſt contractus 455
nec modus adquirendi 456
valet inter perſonas diſpenſatas, 457
minoris intuitu bonorum immobilium non valet 460
ſine acceptatione non valet, 462
eſt inſinuanda, ſi eſt remuneratoria 465
ſi eccleſiae facta 464
iureiurando confirmata 465
ob ſuperuenientiam liberorum reſcinditur 480
ac reſciſſa non reuiuiſcit
ſi illi ante donatorem moriuntur 481
ob ſuperuenientiam liberorum non ſolus patronus; ſed quilibet donator donationem reuocat 482
reuocatur ex cauſſis ingratitudinis non lege expreſſis 477
idque actione perſonali 479
inofficioſa eſſe poteſt, ſine animo liberos defraudandi 468. reſcinditur non a donatore, 473. in quantum legitima laeditur, 474. ſi plures ſimul legitimam laedunt, coniunctim impugnantur, 476. nec impugnari poteſt viuo donatore, 726

mortis cauſſa ei detrahitur Falcidia, 264. acceptationem requirit, 344. non eſt ea, cuius renouationi renunciauit pacto donator; ſed inter viuos 345. et vel minimum pro ea eſt habenda 466
omnium bonorum eſt valida 461
propter nuptias ad eam conſtituendam moribus non eſt obligatus 63
remuneratoria eſt inſinuanda, ſi quinquaginta ſolidorum ſummam excedit, 463. ac excludit praeſtationem euictionis 468
ſimplex non eſt conferenda 398. nec obligat ad euictionem praeſtandam 467
Dos eius priuilegium ſponſae cómpetit 41
non conſtituenda eſt filiae locupleti 52
non conſtituitur emancipatae filiae 53
nec conſummato matrimonio 54
eius promiſſio indeterminata non eſt inualida, ſi quoque facta ſit ab extraneo 56
illata ab vxore priori matrimonia in poſteriori renouata haud cenſetur 56
a fratre ſorori haud eſt praeſtanda 57
repetit eam vxor ab obaerato marito, licet eius inopia cognita fuerit 60
ſi vero locupletior eſt factus, ei eſt reſtituenda 61
viduae non eſt deneganda, licet impudice viuat 64
eius legatum non eſt conditionale 274
eius ius praelationis, 799
illud vxori Iudaeae haud competit 799
habent vero idem quoque liberi vxoris 801
ac praecedit haec intuitu dotis vxor fiſcus in ipſis poſt contractum adquiſitis 802
Dotalia bona non praeſumuntur 59

E.

Eccleſia ſi ei fit donatio, illa inſinuatur, 464.
Romano contra eius bona praeſcriptio centenaria ſolum obtinet 142
Edictum aedilitium locum non habet in locatione conductione 630
Emancipata conſenſu patris vbi nubit, non indiget 49
eam dotare debet pater 53
Emancipati iure nouellarum aut exheredandi; aut inſtituendi ſunt 203
ſuccedunt iure ciuili; nec praetorio 375

conferre debent, quae sui conferant 397
Emancipatio datur iure Romano 184
Embaeuticum ius creditor sibi stipulari potest 525
Emphyteusis in praediis vrbanis locum non habet 644
Emphyteuta expelli nequit si pars canonis est soluta 647
non; nisi cum consensu domini alienare potest emphyteusin 648
Emtio venditio requirit regulariter haud scripturam 489
a medico cum aegroto inita est valida 490
rei, quae extra commercium est non valet; nec semper obligat venditorem ad praestationem eius, quod interest 491
in dubio, fundo vendito, non extenditur ad instrumentum fundi 597
quatenus locum habeat, si loco pretii datur res aestimata 598
in ea fides a venditore habita non praesumitur 599
in arbitrium ementis; vel vendentis conferri nequit 600
si, ea facta, venditor rem tradere recusat, emtor, quanti illam aestimet, iurato adferre hocque a venditore petere potest, 601
quatenus mercator vsuras pretii, pro mensibus dati petere potest 600
in illa debet emtor vsuras soluere, licet propter imminens periculum venditor rem retinuerit 603
nec vllos perceperit fructus 604
ab illa non potest vnus contrahentium contra alterius voluntatem discedere, licet relinquere ei vellet arrham 605
in ea venditor casum ferre nequit, quod dominium sibi reseruauerit 606
aequitas L. 2. C. de rescind. vend. non est cerebrina 607
cessat hoc remedium in emtis spei 607
non habet locum in rebus sub hasta venditis, 608
ex L. 2. C. de rescind. venditione impugnatur etsi praeuio iudicis decreto sit facta 609
remedium hoc ad emtorem pertinet 610
contra venditorem agi nequit, si sine culpa res apud eum periit 610
emtor non potest prius ad rescissionem agere, quam si verum rei pretium

tium dimidiam partem ſummae ab ipſo ſolutae non attingit 613
ceſſat, ſi quis rem pro pretio iuſto minori vendidit ſciens 615
emtor vbi reſcindenda venditio non eſt alternatiue obligatus; ſupplere tamen poteſt, quod deeſt iuſto pretio remque retinere 617
ceſſat, ſi pretium iuſtum fuerit tempore venditionis 617
reſciſſa emtione venditione emtor haud reſtituit fructus 618
ſi ſub lege commiſſoria res eſt vendita, hancque venditor ſecundum illam repetit, non reſtituit arrham; vel partem pretii ipſi ſolutam 619
ſpei in illa ceſſat remedium ex *L. 2. C. de reſc. vendit.* 607
Emtor anteceſſoris locationem conductionem ſeruare non debet 642
Error, ob illum reſcinditur transactio 493
non obeſt iniuriae 683
quatenus is, quem committit aduocatus, impugnari poſſit 768
Euictio de ea praeſtanda pactum eſt validum 449
eius praeſtatio ceſſat in donatione ſimplici 467
ac remuneratoria 468
praeſtare eam ſibi inuicem debent coheredes in diuiſione, a patre facta 672
Exceptio non numeratae pecuniae habet locum, licet chirographum ſit iureiurando munitum 582
non admittitur poſt biennium, licet reus eum probare velit 583
ſalua eſt, licet ei renunciatum fuerit in inſtrumento 587
Excuſatio tutoris eſt quoque a lite petenda, quam cum pupillo habet 99
ob illam non locum habet adpellatio ad ſuperiorem, ſi non ſit reiecta 100
non priuat tutorem legato, a patre pupilli relicto 101
Excuſſionis exceptionem habet poſſeſſor hypothecae generalis, ſi bona eidem credjtori ſpeciatim ſint oppignerata 435
non vero debitor 436
nec poſſeſſor hypothecae ſpecialis 438
Exheredatio locum non habet ob nuptias liberorum ſine parentum conſenſu celebratus 206
poſthumi non valet 208
fieri poteſt poſt reconciliationem 209

Digitized by Google

fit ob iniuriam matri a patre illatam 210
atque ob iniuriam, quae fit nouercae; vel vitrico 211
fit ob cauſſas nou. CXVIII. non expreſſas 212
ita tamen eſt peragenda, vt exprimatur cauſſa exheredandi 213
fieri nequit in teſtamento parentum inter liberos condito 329
nec bona mente exheredatio permiſſa eſt tali in teſtamento 330
bona mente facta requirit cauſſam expreſſam 214
non peragitur praeteritione 214
Exheredatus, ei tutorem dat pater 89
partem facit in computatione legitimae 192
eius legitima reliquorum coheredum legitimae non adcreſcit 196
ei exemplariter ſubſtitui nequit 234
Expenſae, quasnam repetit a proprietario vſufructuarius 152
Extraneus, ei conceditur priuilegium, 17
atque indeterminate promittere poteſt dotem valide 56

F.

Faber theſauri dimidiam artem ſibi vindicat, vbi illam inuenit 124
Factum qui promiſit, obligationi non ſatisfacit praeſtatione eius, quod intereſt 548
Falcidia, eam legatarius detrahere nequit 263
ceſſat in legatis ad piam cauſſam 264
detrahitur quoque a fideicommiſſis particularibus et mortis cauſſa donationibus, ſiue ſint factae in teſtamento; ſiue codicibus; ſiue in epiſtola 264
non detrahitur a herede, qui inuentarium facere neglexit, etſi ad iuratam ſpecificationem ſe offerat 266
eius detractio non; niſi claris prohibetur verbis 267
Feminae loco maſculorum in teſtamento parturientium tamquam teſtes non admittuntur 297
Feneſtrae iure aperiuntur a domino aedium verſus aream vicini 171
Florentinus codex non eſt archetypon 12
parens tamen omnium, quot exſtant, exemplarium 12
Fera beſtia non adquiritur, ſi vagatur loco in cir-

circumsepto, nobis competente 119
adquiritur eius per capturam in fundo alieno 122
non per solam vulnerationem 122
Feudum est peculium castrense 78
Fideicommissarius testis esse non potest in codicillis 370
Fideicommissum filio a patre relictum, huic vsumfructum non adimit 75
non potest testibus probari, si eius praestationem fidei heredis solum commisit 261
praesente vno herede, ita tamen relictum, vt ab omnibus praestetur, praesentem solum pro rata obligat 263
tolli potest consensu eorum familiae membrorum, qui existerent eo tempore, quo alienatio est facta 415
familiae, in eo praeter legitimam quarta Falcidia peti non potest 268
Fideiussio clerici est inualida 560
Fideiussor non obligatur, si pro pupillo fideiubet quidquam sine tutoris auctoritate promittente 561
in concurrentem summam obligatur, si ad maiorem summam se obligauerit; quam eam, quam debet debitor principalis 563
soluere debet vsuras, licet pro iis non se obligauerit 564
renunciat beneficio excussionis, dum generatim beneficiis fideiussionis renunciat 565
non petere potest cessionem actionum, si illam haud sibi stipulatus est ante; quam creditori satisfecit 566
habet beneficium excussionis, licet fideiussionem inrato confirmauerit 576
ei beneficium excussionis non est denegandum, qui tamquam debitorem principalem se obligauit 568
differt a fideiussore indemnitatis 571
si pars debiti a fideiussore est exacta, reliqua ab illo peti nequit, quamuis reliqui fideiussores non sint amplius soluendo, 572
ei actiones non possunt cedi post solutionem 573
non est obligatus ad soluendum, si actiones ipsi cedi nequeunt 574
non liberatur, si creditor

instrumentum perdidit, ex quo agere posſit 575
non liberatur per prorogationem termini ſolutionis, a creditore factam 576
praeſcriptionem opponere nequit, interpellato debitore principali 577
et quamdiu obtinet actio contra illum 578
ei non prodeſt moratorium debitoris 579
liberat ſe per exceptionem SC. Macedoniani, filio familias competentem 82
Fides, in emtione habita non praeſumitur 599
lia locuples a patre dotem petere nequit 52
nec ius habet, illam poſcendi conſummato matrimonio 54
perduellis heres inſtitui poteſt 216
Filius vſumfructum denegare nequit patri, licet ipſi ſit curator conſtitutus 75
Filiusfamilias peculium aduentitium non; niſi permittente patre donat 73
eius obligationem SC. Macedonianum haud extinguit; ſed ſolum actionem 81
a patria poteſtate liberatus per dignitatem, SC. macedoniano vti non poteſt 83
vtitur illo, licet ipſi iurato renunciauerit 83
ne patre quidem conſentiente teſtari poteſt 183
eius inſtitutioni conditio caſualis; aut mixta addi nequit 202
atque ei a matre pupillariter ſubſtitui non poteſt 226
Fiſcalia debita beneficium ceſſionis bonorum non excludunt 782
Fiſcus quatenus ei competit theſaurus per artes illicitas inuentus, 125
non habet locum inter hypothecarios ob poenam, quam obaeratus debet 811
Foetus in animatum et non animatum iure Romano non diſtinguitur, 699
Forum, ei renunciare nequeunt membra academiae 750
reconuentionis locum habet in academiae membro 751
conductoris haud eſt iudicium locatoris 752
defuncti eſt quoque forum heredis, quamdiu hereditas non eſt translata; vel diuiſa 753
Frater ſororem non dotare debet 55
non alere debet ſororem ſuam vel fratrem 85

qua-

quatenus pater vſufructu priuetur, ſi frater heres inſtituitur 75
ad eum ſpectat lex, qua legitima eſt aucta 189
poteſt in teſtamento, quo eius frater heres inſtituitur, eſſe teſtis, ſi non eſt ſub patria poteſtate 302
renunciare poteſt hereditati in fauorem liberorum ſuorum 394
conſanguineus habet querelam inofficioſi 370
vnilateralis a vitrico, vel nouerca fratri ſuo exemplariter eſt ſubſtituendus 235
vterinus querelam inofficioſi non habet 370
Fructus naturales atque induſtriales lucratur bonae fidei poſſeſſor 131
eorum dominium reuocabile adquirit ſibi b. f. poſſeſſor perceptione, irreuocabile autem conſumtione 132
conſumti repeti nequeunt a bonae fidei poſſeſſore, ſi quoque locupletior eſt factus 133
pendentes finito vſufructu ad dominum ſoli pertinent 162
quatenus in illis pignus comperat creditori 432
ſeparatim peti nequeunt, ſi praeteriti ſunt in ſententia definitiua haecque vires rei iudicatae eſt nacta 769
Fundus alienus in eo adquiritur fera beſtia per rapturam 122
dotalis ſemel alienatus a marito reuocari nequit 61
eius alienatio non firmatur conſenſu, ab vxore poſt biennium repetito, 62
cui competat theſaurus in eo inuentus 125
Furtum admittit actionem furti, licet in re minima ſit perpetratum 745

G.

Genus, ſi eſt legatum, legatarius habet electionem 240

H.

Hereditas eius partus non vitalis eſt incapax; neque eam transmittit 33
eſt ius in re 116
de ea transigitur, licet tabulae non ſint inſpectae 485
eius emtori ius adcreſcendi non competit 595
retrahi nequit 622
eius *aditio* ſubſtitutum excludit, etſi quoque minor ſit, qui illam ſuſcepit ac contra eam in integrum eſt reſtitutus 222
eius *petitio* triginta annis

contra liberos praescribitur, 724. eriam in foro rei sitae instituitur 724. huiusue species est querela inofficiosi 725
Heres pupilli eius fruitur pignore tacito 106
est proximior solum cognatus, si generatim cognati ad hereditatem vocantur 215
integra legata soluit, licet vires hereditatis superant, si inuentarium facere neglexit 265
iurata specificatione loco inuentarii vti nequit ad detractionem Falcidiae 266
restituere debet fructus rei legatae legatario a die mortis pendentes aeque ac extantes 272
perdit Trebellianicam si inuentarium facere neglexit 269
testamentarius si intra triginta annos hereditatem non adit, excluditur a herede legitimo 415
praestare debet coheredi suo euictionem ob diuisionem, a patre factam 672
conueniri potest in foro defuncti, donec hereditas est translata; vel diuisa 753
Homicidium suscipitur ab eo, qui vulnerationem mandauit, si mors vulnerati ex vulnere est sequuta 698
Homines sub iis comprehenduntur mulieres 28
Hypotheca in praesentia trium testium constituta aliis priuatis non praefertur 470
quatenus eius possessori exceptio excussionis competat 438
non perit per consensum creditoris in nouam oppignerationem 441
omnino tamen per consensum in alienationem 442
euanescit hypotheca, ab emtore constituta, rescissa emtione venditione, 443
generalis haud constituitur per oppignerationem bonorum mobilium atque immobilium 419
praetoria est hypotheca publica 814
tacita locatori praedii rustici haud competit ob inuecta et illata, 428. non tribuenda est vxori in bonis mariti ob alimenta 431. non competit ei, qui pecuniam credidit ad extruendam nouam domum, 422. habent eam heredes tutoris 106. ac prodigus, 109. competit illi, qui ad nauem reparandam pecuniam credidit 423. neque minus mortis causa donatariis, 424. ac pu-

pupillis, 425. atque eorum heredibus, 426. et locatori in rebus inuectis minorum, 427. ea vero, quae liberis in bonis patris tribuitur, ipsis competit solum ob bona materna et ea, quae sunt materni generis 810. ac praecedit priuatae et publicis prorsus aequiparatur 813

I.

Ignorantia iuris obstat condictioni indebiti 676
Illata dotalia bona esse, non praesumitur 59
Immobilis res deponi potest 526
non donari potest a minore 460
Vid. quoque *mobilis res*
Impensae, ob illas, si sunt necessariae, exercet depositarius ius retentionis in re deposita 527
Impotens adoptare nequit 69
Impubes, eius matrimonium est nullum 45
ei concedere potest princeps testamenti factionem 181
ad ferendum testimonium, si pubertati est proximus, admittitur 760
Incendium, quatenus probari debeat, illud culpa domini aedium esse ortum 700
in illo pater culpam minorum praestat 702
Incestus, eius poena iure Romano est incerta, 694
Infamia, illa haud adficitur vidua, intra annum luctus nubens, si nubat partu edito 65
Infamis non potest esse testis 761
Iniuria committitur ab errante 683
Insinuatio donationis necessaria est, licet sit remuneratoria 463
requiritur in donatione ecclesiae facta 464
atque in donatione iurato facta 465
fieri potest coram iudice incompetente 466
Institor, eius officium morte praeponentis non finitur, 679. non compelli potest, vt ei, quocum contraxit, satisfaciat 679
Institutiones, quatenus derogent digestis 8
Institutus, eius heredes excludunt substitutum, si intra annum deliberationi destinatum moritur 216
Instrumentum, non valet, nisi partibus sit praelectum 447
Instrumentum, fundus cum

ea venditus non censetur 597
Interdictum quod legatarium instituí nequit contra mortis causſa donatarium, qui a defuncto rem accepit 532
Saluianum contra tertium locum habet 729
vnde vi prodeſt heredibus deiecti 731
vti possidetis non competit deiecto 731
Interpolatio Triboniano saepe sine iure tribuitur 318
Interpretatio priuilegiorum authentica quatenus locum habet 21
quando doctrinalis obtineat et 21
extensiua 19
Interusurium quatenus locum habeat, si quis, quod debet, ante diem soluit 505
Inuentarium ab eius confectione mater tutrix non est libera 102
eius loco inseruit heredi iurata specificatio minime ad detractionem Falcidiae 266
eius neglectus heredem fidei commisso oneratum Trebellianica priuat 269
Inuecta non sunt tacito oppignerata locatori praedii rustici 428
nec primo locatori praedii vrbani, quatenus inuecta sunt a subconductore 430
Iratus condere potest testamentum 183
Iudaea non habet iura dotis, quae christianae competunt vxori 779
Iudex, ei per procuratorem testamentum offerri nequit 290
solus recipere potest testamentum, si simul est actuarius 294
Iurisconsulti, veterum modestia 123
Iurisdictio prorogatur solo partium consensu 748
academica renunciare nequeunt membra academiae 750
Ius ciuile in Germania est receptum 3. valet ibi tamquam ius scriptum 3. potest abrogari a statibus imperii 5. et nobilibus immediatis 5
non scriptum cogitari potest, licet in scripturam sit redactum 16
scriptum haud requirit scripturam 16
Ius in re, quatuor eius sunt species 116
haud inter illas locum habet possessio 117
Iusiurandum deferri potest heredi super inuentario 410
non

non reddit negotium, in se inualidum validum 442
eius delatio haud solum permissa est litiganti, si aliae probationes deficiant 763
ea quoque quis potest vti ad probandam possessionem immemorialem 764
pro praestito haud habetur, si iuraturus ante eius praestationem decedit 765
in litem non datur in vindicatione rerum immobilium 766
non differt iusiurandum in litem veritatis a iureiurando in litem adfectionis 767

L.

Laudemia, eorum ius praelationis 798
Lecti in diuersoriis sunt res immobiles 114
Legatarius, ei cedit area legata, licet sit superstructa 244
loco iurisiurandi delationis per testes duos legatum, fidei heredis commissum, probare nequit 261
haud detrahit Falcidiam 263
quatenus fructus rei legatae ei competant 272
habet ius adcrescendi, si deficit collegatarius, quibuscum verbis erat coniunctus 277
quatenus potest esse testis in testamento, quo legatum ei relictum, 303
in codicillis testis esse nequit 340
habet hypothecam tacitam 423
Legatum, eius definitio legalis non est adcurate formata 237
eo tutor, haud priuatur si excusatione quadam vtitur 101
rei, quae est extra commercium legatarii est inutile 238
dominium saltem testatoris tribuit legatario, si tertius condominium habet 257
valet, licet res, quam legauit testator, heredi fuerit hocque testator ignorauerit 258
eo monetae genere est soluendum, quod obtinuit tempore testamenti conditi 260
ab herede integrum est praestandum, si ille inuentarium facere neglexit, licet hereditatis vires superet 265
eius fructus competunt legatario a die mortis 272
sub lege coelibatus relictum viduae non competit, si secundas celebrat nuptias 279

quod tamen hac de re in iure eſt cautum, ad virgines haud ſpectat 230
nec hodierna aetate 231
extraneo relictum in teſtamento parentum inter liberos non valet; niſi coram quinque teſtibus ſit conditum 331
inter liberos factum adimmitur cancellatione 355
adimitur, ſi res legata alteri legetur 372
et ad id praeſentia quinque teſtium haud requiritur 373
debiti, quando illud haud obtineat 256
dotis non eſt conditionale 247
generis dat legatario electionem 240
pauperibus relictum, vni adſignari poteſt 257
ad pias cauſſas, excludit Falcidiam 264
poena nomine, eius vera indoles 248
ſuppellectilis, quid contineat 240
Legitima eſt portio bonorum 188
in eam computantur praelegata 189
eſt quoque ratione parentum ac fratrum, aucta 189
determinatur; antequam portio ſtatutaria eſt detracta 191
eius in computatione partem facit exheredatus 192
quatenus eius in determinatione computandi liberi ſeparati 195
viuentis non datur 197
non poteſt titulo particulari relinqui 198
in ea patri vſusfructus adimi nequit 199
parentum eſt pars tertia bonorum, quae reliquit defunctus 201
ea mater priuari poteſt per ſubſtitutionem 229
nec non auus atque auia 230
non debet relinqui omnibus filiis heredibus neceſſariis, eius, cui exemplariter ſubſtituitur 234
Legitimati quatenus iura primogeniti nanciſcantur 67
ac legitimo ſint aequiparandi 377
Legitimatio nepotis, qua ratione procedat 68
et retrotrahatur 69
Legitimi, qui pro iis ſint habendi 31
ſunt liberi, ſi nuptiae, ex quibus ſunt procreati, patris ratihabitione conualeſcunt 47
Legitimus partus, eius praeſumtio non eſt praeſumtio iuris et de iure, 32

Lenocinium, eius poena eſt incerta 695
Leo, eius nouellae non habent auctoritatem 11
Lex, eius promulgetio ab allegante eſt probanda 15
non vſu ſolo haud expirat 26
Libellus famoſus, eius forma haud requirit, vt auctor nomen ſuum occultet 683
Liberatio legata, quaenam remiſſio ex ea oriatur 250
ab indebito, eius legatum eſt nullum, licet ſpecies aut quantitas ſit determinata 253
Liberi ſunt legitimi, ſi ratihabitione patris nuptiae, ipſius a filio ſine eius conſenſu initae conualeſcunt, ex quibus procreantur 47
parentes ſuos viuis auis alere non debent 71
a quo tempore a parentibus ſunt alendi 70
eorum a hereditate excluditur nonnumquam mater, ſi negligens eſt in petendis tutoribus 97
ſuccedunt teſtati, condito inter eos teſtamento 317
ſtupro violento procreati, eius patri ſuccedere nequeunt 378
ſi abſtinere volunt a hereditate, iis haud opus eſt probatione quadam 383
habent ius praelationis dotis, quod matri ipſorum competeret 801
ſolum tamen hypothecam tacitam habent in bonis patrisob bona materna et quae ſunt materni generis 810
ſeparati, quatenus computandi ſunt in legitima 195
Lis tutoris cum pupillo excutationem ipſi praebet, ad declinandam tutelam 99
Litis conteſtatio non eſt quaſi contractus 665
bonam fidem non ſemper tollit ideoque nec ſemper reus condemnandus eſt ad fructus reſtituendos, quos poſt eam percepit 756
denunciatio haud ſemper praecedere debet actioni de euictione, 737
Locatio conductio in ea locum non habet edictum aedilitium 630
contrahitur etiam tacito conſenſu 631
eius merces debet conſiſtere in pecunia numerata 632
conductorem ad caſus ferendos inſolitiſſimos obligat, ſi inſoluos ſuſcepit 637

Digitized by Google

in ea non fert conductos ſumtus metatorum 638
tribuit locatori ius expellendi conductorem ob propriam indigentiam etiam in praedio ruſtico 640
ab illa recedi poteſt ob metum ſpectrorum 641
neque eam emtor ſeruare debet 642
Locator eius iurisdictioni non eſt conductor ſubiectus; niſi ei clare ſe pacto ſubmiſerit 752
Luctus annus quatenus vidua ab infamiae poena libera ſit, ſi intra eum nubat 65

M.

Magiſtratus, ſi defert tutelam pupilli creditori, creditum ille haud amittit, etſi tutor illud non profiteatur 91
Maledicta in principem quomodo puniantur 691
Mandatarius perfecte obligatus eſt ad honorarium promiſſum hocque nomine conuenitur actione mandati 649
praeſtat culpam leuiſſimam 650
nec poteſt id, quod ob exceſſum expendit, repetere actione negotiorum geſtorum 651
Mandatum, quatenus effectus produeat eius poſt reuocationem 652
Mare, qui in illud nauis leuandae cauſſa quid proiecit, eius retinet dominium 144
Maritus ſi obaeratus eſt, ab eo vxor dotem repetit, licet eius inopia cognita fuerit 60
ei tamen, locupletior facto, illam reſtituit 61
fundum dotalem, ſemel alienatum, repetere nequit 61
non eſt obligatus, ad conſtituendam donationem propter nuptias 63
eius in bonis vxor ob alimenta non habet hypothecam tacitam 431
Mater quatenus valide tutorem dare poſſit 93
quominus tutelam ſuſcipiat, pater prohibere poteſt 94
ei praecedit in tutela auus 94
quatenus a hereditate liberorum excludatur, ſi negligens eſt in patendis tutoribus 97
tutrix non eſt libera ab inuentarii confectione 102
ob iniuriam, ei illatam, pater liberos exheredare poteſt 210
pupillariter ſubſtituere nequit 226

pri-

primati poteſt legitima per ſubſtitutionem 229
quaſi pupillariter poteſt ſubſtituere; etſi ad ſecunda tranſierit vota 233
ſolam proprietatem bonorum, quae ex hereditate liberorum ad illam peruenerunt, accipit, patre ſuperſtite 384
Matrimonium eius ad conſummationem agi poteſt ante biennium poſt ſponſalia inita 44
impuberum eſt nullum 45
conſobrinorum eſt permiſſum 46
conualeſcit ratihabitione patris 47
ſine conſenſu parentum initum eſt iniuſtum ac nullum 49
non cogitari poteſt; niſi ad procreandam atque educandam ſobolem ineatur 51
in eo prioris matrimonii dos renouata haud cenſetur 58
licet in illud conſentiunt liberi prioris matrimonii, poenae ſecundarum nuptiarum haud ceſſant 66
Medicus cum aegroto validam emtionem init venditionem 490
Menſis, qui decimo menſe poſt mortem mariti eius a vidua procreatus eſt, non eſt legitimus 30
qui ante ſeptimum poſt celebratus nuptias eſt procreatus, non eſt legitimus 31
qui a ſeptimo menſe eſt procreatus, eſt legitimus, 31
Mercator poteſt vſuras pretii mercium venditarum petere, 601
Merces, conſiſtere debet in pecunia numerata 632
integra petitur, ſi quis iuſte cauſſa impeditus, quominus operas praeſtet, quas promiſit 634
Metata, a conductore haud ſunt ferenda 638
Miniſter verbi diuini, ruri degens, teſtari poteſt ſecundum priuilegium, ruſticis datum 333
Minor contra ſponſalia in integrum reſtituitur 42
ſiue ſint pura; ſiue conditionata 42
conſenſu curatorum in ſponſalibus haud indiget 50
ei curator, ſi furioſus eſt, datur et curator ob furorem conſtitutus 103
eius iureiurando firmatur alienatio rerum ipſius 106
quatenus reſtitutio ei contra hereditatis additionem data efficiat, vt reuiuiſcat ſuoſtitutio 222

eius in bonis competit locatori hypotheca tacita 427
bona immobilia donare nequit 460
Mola natatilis est res mobilis 13
Molendinum pneumaticum est res immobilis 114
Momentum, ad id respicitur, vbi actas pignoris sit determinanda 421
Moneta, quae reproba est, solui non debet debitum 509
ea, quam adhibere vult debitor ad solutionem debiti, bonitatem habere debet intrinsecam, quam habuit ea moneta, quam accepit a creditore 502
quatenus mutationis bonitatis extrinsecae ratio est habenda, 513
Mora, quatenus ex die oritur, 517
Moratorium debitoris principalis non prodest eius fideiussori 579
extendi potest ad plures annos; quam quinque 785
ei renunciari potest 785
non sistit cursum vsurarum 784
Mors absentis quando sit statuenda, 35
Mulier est homo 28
testis esse nequit in codicillis 338
Mutuum differt ab vsufructu rerum fungibilium 164
in eo est alienatio 495
quatenus locum habeat si creditor, vt debitor rem mutuam sibi comparare queat, ei rem vendendam tradidit 499
si quis nummos suos alterius nomine tanquam mutuum tertio soluit, est mutuum 502
restitui potest in eadem specie; nec per id mutatur in commodatum 506
gratuitum in concursu creditorum in quantam classem scribendum est 814

N.

Naturales liberi, inter eos pater condere nequit testamentum modo priuilegiario 326
Nauis, qui res ad illam leuandam in mare proiicit earum retinet dominium 144
qui eam ad reparandam pecuniam credidit, habet hypothecam tacitam 425
Negotiorum gestio haud requirit, vt negotiorum gestor negotium ad vtilitatem olterius promouendam et animo inducendi obligationem gerat 666
in eo praestatur culpa leuissima 667
ha-

Digitized by Google

habet locum, licet is, cuius negotia geruntur, id sciat ac praesens br 668
non obligat pupillum; nisi locupletior ejus ejus 669
Nepos quatenus legitimetur 68
illegitimus ab auo alimenta petere nequit 70
ab auo materno in testamento eius praeteriri nequit 204
ab auo haud instituí debet, si eius pater viuus relinquitur atque iuste est exheredatus 205
perduellis heres instituí nequit 216
ex iure a parentibus ipsis transmisso succedit 281
quatenus conferat 401
Nobilis, si iure degit, testari potest secundum priuilegium rusticis datum 333
Nobiles imperii immediati abrogare possunt ius Romanum 5
Nomen si oppigneratur, habet creditor actionem hypothecariam 418
Non vsus, eo pereunt seruitutes 177
Nouatio requirit, quod de anima nouandi clare constet 708
Nouella, earum versio authentica habet publicam autoritatem 10
et textui graeco praefertur 10
Nouellae Leonis nullam habet auctoritatem 11
Nouerca, ob iniuriam ei illatam exheredatio locum habent 211
fratres vnilaterales eius, cui exemplariter substituere vult, ei substituere debet 235
Nox, in ea condi potest testamentum 312
Numeratio non est fundamentum contractus chirographarii 587
Nunciatio noui operis, quae fit per manum, non differt ab ea, quae fit per factum lapilli 719
instituí quoque potest ab eo, qui solam habet seruitutem 720
eam instituit, qui exercitio seruitutis impeditur 721
habet locum, licet nondum inchoatum opus 722
Nunciatus ad cautionem non admittitur, si nunciantis ius est liquidum 723
Nuptiae, vide *Matrimonium*.

O.

Obseruantia legis est non probanda 15
Occupatio, quatenus obtineat in thesauro 126
Opes sufficit ad fundandam actionem furti 691

Digitized by Google

Opifices ſtrepitum facientes a habitationibus ſuis arceri nequeunt a litteratis extra academias 635
priuilegio vtuntur pecuniae in aedium refectionem creditae 794
regulariter chirographariis adnumerantur 816
Opinio communis conſuetudinem neque facit neque probat 26

P.

Pacta dotalia mixta per procuratorem haud iudici tradi poſſunt 57
Pactum de praeſtanda euictione eſt validum 449
vſurarum contractum, cui adiectum eſt non penitus inualidum reddit 451
nudum non parit actionem 452
non eſt tractatus 452
de contrahendo eſt pactum nudum 453
legitimum eſt transactio 484
contractui pignoratitio adiectum non valet 541
Parentes alimenta a liberis ſuis non poſcunt vlus quis 71
earum legitima nouell. CXVIII. cap. 1. eſt aucta 189
quatenus eorum voluntas de conferendis bonis ex deſignatione, ab ipſo relicta, conſtat 404
Parturiens femina, eius in teſtamento feminae loco maſculorum teſtes eſſe nequeunt 297
Partus viuus natus haberi poteſt, licet vocem non emiſerit 32
non vitalis hereditatis non eſt capax 33
Pater, eius ratihabitione conualeſcunt nuptiae liberorum, ſine illius conſenſu initae 47
eius conſenſu filiae emancipatae nubenti non opus eſt 49
ſine eius conſenſu nuptiae; vel nullae 49
non conſtituere debet dotem filiae locupleti 52
nec emancipatae 53
nec conſummato matrimonio 54
a quo tempore alere debeat liberos 70
vſufructu non priuatur, adminiſtratione bonorum ei ademta 75
vſumfructum non perdit, licet rebus filii abutatur 76
dat tutorem exheredato 89
poteſt nominare creditorem vel debitorem filii ſui eius tutorem 90
tutorem dare non poteſt in teſtamento inter liberos condito 91

pro-

prohibere poteſt; quo minus mater liberorum tutelam in ſe ſuſcipiat 94
vſufructu legitimae filii ſui priuari nequit 199
filium exheredare non poteſt ob nuptias ſine eius conſenſu contractas 206
exheredare poteſt liberos poſt reconciliationem 209
exheredat eos ob iniuriam matri illatam 210
ei haud ſuccedunt liberi ſtupro violento procreati 378
retinet mortuo filio vſumfructum iis in bonis, quae ad matrem perueniunt 386
non perdit proprietatem bonorum, quae ex vxoris hereditate ad illum perueniunt, ſecundis nuptiis 387
Pauperes legatum iis ſimpliciter relictum vni adſignari non poteſt 257
Peculium, quatenus filius familius illud donare poſſit 73
aduentitium extraordinarium eſt res a principe donata 74. ſed ex abuſu rerum filiifamilias non oritur 76
aduentitium ordinarium eſt pecunia luſtrica 76
caſtrenſe eſt feudum 78
Pecunia eſt res incorporalis 115
ad emendam rem credita in ſecunda claſſe creditorum in concurſu locatur, ſi creditor ſpecialem ob eam habet hypothecam 806
hereditaria ante omnia debita eſt ſoluenda 793
luſtrica eſt peculium aduentitium ordinarium, 76. et ob eam liberi habent hypothecam tacitam 809
in refectionem aedium data quatenus priuilegiata ſit, 795. et cum ea quoque comparanda ſit merces opificum 795
Perceptio ea ſolum habuit bonae fidei poſſeſſori dominium reuocabile 131
Perduellis filia; vel nepos heres inſtitui poteſt 216
Peregrinus condit teſtamentum ſecundum formam legibus praeſcriptam 186
eius tamen teſtamentum valet quoque ratione bonorum alibi ſitorum 187
Permutatio eam aeſtimatio rei non ſemper in emtionem venditionem mutat 598
differt a contractu do vt des 662
contrahitur traditione ab vna parte ſuſcepta 662

in ea transfertur dominium 663
Perſonae deſponſatae ſibi inuicem donare poſſunt 457
Perſuaſio haud impedit; quo minus quisquam delicti participem ſe reddat 681
Peſtis, eius tempore condicum teſtamentum in perpetuum durat 335
ea haud laborare debet teſtator; vel alia perſona illius in aedibus habitans, ſi modo priuilegiario teſtari velit 335
Petitorium cum poſſeſſorio cumulari non poteſt, 773
Pignus eſt ius in re 116
in re mobili ſolum conſtituitur 417
ſese extendit ad vſuras thora 437. 812
ius reluendi non praeſcriptioni eſt ſubiectum 545
tacitum habent heredes pupilli 106. habet prodigus 109
Poena ſecundarum nuptiarum haud ceſſat, ſi liberi ex priori matrimonio in illas contendunt 66
a parentibus pro liberis ſoluta conferrur, 400
ob illam fiscus non eſt locandus inter creditores hypothecarios 811
Portio ſtatutaria a bonis non eſt detrahenda prius, quam legitima eſt determinata, 190
Poſſeſſio non eſt ius in re. 117
vacua ad peragendam requiritur traditionem 186
Poſſeſſor bonae fidei lucratur fructus induſtriales ac naturales 180
Poſſeſſorium inſtitui poteſt ab vno poſſeſſore contra alterum 729
cum petitorio cumulari nequit 773
in illo poteſt victus in expenſas condemnari 775
qui in illo vincit, ſumtus eius reſtitui debet, vbi a victo iterum eſt victus 775
Poſthumus exheredari nequit 208
ſi non naſcitur, eius ſubſtitutus capit hereditatem 221
eius agnitione rumpitur teſtamentum, licet ſit imperfectus 351
ſiue ſit ſuus; ſiue emancipatus 352
rumpitur in totum 353
Praeclusio, quid efficiat reſtitutio in integrum, contra eam impetrata 816
Praedium ruſticum quid ſit 166

vrbanum quid sit 166. non datur in emphyteusin 644
Praelectio testamenti fieri debet coeco, si scriptum offert testamentum 313 neque minus litterarum ignaro, si tale condit testamentum 315 quatenus ad scripturam sit necessaria 447
Praelegata imputantur in legitimam 189
Praeponens eius morte instituris officium non finitur 679 ex contractu eius, quem institor substituit, obligatur, 686
Praescriptio redituum annuorum solo lapsu annorum haud absoluitur 137 inchoare eam bona fide heres nequit, si defunctus in mala fide est constitutus 139
acquisitiua seruitutum iuitum requirit titulum 173
centenaria habet locum contra ciuitates 141. et contra bona ecclesiae Romanae, 141
in *extinctiua* bona fides non requiritur 139
immemorialis probari potest per documenta, 142. et per ea quoque elidenda est, 143. non requiritur ad praescriptionem seruitutum discontinuarum 176
immobilium rerum sola contradictione extraiudiciali non interrumpitur 143
quadragenaria contra ciuitates locum habet 141
Praesumtio pro partu legitimo qualis sit 32
Praeteritio haud sufficit ad exheredationem bona mente 214
Pretium eius vsurae excedere possunt alterum tantum 522
Primogenitus, quatenus eius iura legitimatus consequitur, 67
Princeps, quod donat filio, est peculium aduentitium extraordinarium 74 ei testamentum per procuratorem offerri potest 284 non potest ei solum exhiberi 287 maledicta in eum effusa seuere sunt puniendo 691
Priuignus eius tutor potest esse vitricus 95
Priuilegium concedi potest extraneis 17 conceditur a principe, licet idem alteri concesserit 17

Digitized by Google

recentius praefertur antiquiori 18
non semper extensiue interpretandum, licet in praeiudicium principis tendat 19
in dubio est personale 20
eius interpretatio doctrinalis locum habet 21
personale, intuitu praedii datum, eius alienatione euanescit 19
Probatio haud incumbit neganti 759
Procurator, per eum pacta dotalia mixta offerri nequeunt 57
nec testamentum 294
omnino tamen principi per eum hoc exhibere licet 284
Prodigus habet in bonis curatoris sui hypothecam tacitam 109
testamentum condere nequit 184
adit hereditatem cum curatoris consensu 406
testis esse potest 761
Promulgatio legis est proban[illegible] 15
Proprietarius seruitutem imponere potest fundo fructuario, licet haud consentiat vsufructuarius 145
immodicas solum restituit impensas vsufructuario 142
remittere potest cautionem vsufructuariam 157
Prorogatio iurisdictionis fit solo partium consensu 748
Pupillus habet in bonis tutoris hypothecam tacitam 425
repetit condictione indebiti, quod soluit 678

Q.

Quarta Trebellianica peti nequit praeter legitimam 268
Quasi contractus, in eo non est consensus fictus 664
non litis contestatione inest 665
Quasi vsusfructus actu quoque inter viuos constituitur 163
eius inter substantialia cautio non refertur 165
Querela inofficiosae donationis ante mortem donatoris locum non habet 726
inofficiosi testamenti a matre institui nequit contra testamentum mariti, quo eam legitima priuauit per substitutionem pupillarem, 230. instituitur a fratribus consanguineis; non vero vterinis, 371. est hereditatis petitio 725

Digitized by Google

R.

Rapina delictum est capitale, licet haud fuerit reperta 692
Ratihabitio patris, ea nuptiae liberorum conualescunt, si sine eius consensu sunt irritae 47
Reconciliatio non adimit patri ius, filium exhaeredandi 209
Redditio rationum quatenus locum habeat in pacto antichretico expresso 540
Reditus annui, libertas, ab illis solo lapsu annorum nunquam praescribitur, 137
Reductio fortis quatenus locum habeat, 509
Refectio, ad ea dominus praedii dominantis in seruitute oneris ferendi se obligare potest 167
Rei vindicatio tendit ad fructus verum rei pretium superantes, 715
Relocatio quamdiu durat 638
Remissio debiti non colligitur ex omissione compensatis 712
Remissorium pactum, ei accedere debent creditores priuilegio muniti 786
Renunciatio SC. Macedoniani iurata illud non tollit 83
ad omnes descendentes in infinitum extenditur, 383
Repraesentationis ius, quatenus locum habeat inter collaterales, 388. 389
Res
communis, eius diuisioni renunciari potest 670.
ab vno socio in melius mutari potest, licet id alter prohibeat 672
corporalis, est quoque pecunia. 115
dotalis non est, quam maritus pecunia dotali sibi comparauit 58. eius alienatio, si est mobilis, est permissa 59
fungibilis, eius vsustructus differt a mutuo 164
immobilis, pro ea haberi debet molendinum pneumaticum, 114. cum lectis in diuersorio 114.
eius praescriptionem sola contradictio non interrumpit 143
minorum, earum alienatio firmatur iureiurando 106
mobilis dotalis, eius alienatio est permissa 59
est mola natatilis 113. in ea solum pignus constituitur 417
pupilli, quando eius alienatio conualescat, 104. et quatenus ad eam requiratur iudicis decretum ac subhastatio 104

Res *iudicata*, ſuper ea tranſactio iniri poteſt, 488
Reſtitutio in integrum minoris contra ſponſalia quatenus locum habeat 42
admittitur in puris aeque ac conditionatis 42
locum habet ob praeſcriptionem, ex abſentia tertii natam 144
minori contra hereditatis additionem data, haud efficit, vt reuiuiſcat ſubſtitutio 222
locum habet aduerſus partem 733
Retractus, eius obiectum non eſt hereditas 622
non excluditur datione in ſolutum 623
exercetur in rem, quae ſub haſta venit 624
non locum habet in contractu pignoratitio 625
ibi ſolui debet pretium, quod promiſit emtor 626
inſtitui poteſt in bonis auitis a liberis, venditoris heredibus 626
ad eum deſcendentes primi adquirentis in infinitum admittuntur 627
non locum habet, ſi res cognato remotiori eſt vendita 628
non obtinet, ſi traditione nondum facta, partes ab emtione recedunt 629
Retrouenditio in illa retrouenditor meliorationes repetit, ſi in pretio adquieſcere debet, pro quo rem ſibi comparauerat 620
ſi pretium non eſt determinatum, pro quo fiat, illud ſoluendum eſt, quod tempore retrouenditionis eſt iuſtum 621

S.

Saluianum interdictum contra tertium locum habet 723
Scriptura non requiritur ad ius ſcriptum 16
in iure non ſcripto obtinere poteſt 16
quatenus ea contractum, in ſcriptis initum faciat 446
ordinarie non requiritur ad emtionem venditionem 489
eſt fundamentum contractus chirographarii 581
Scriptum ius haud requirit ſcripturam 16
Senatusconſultum Macedonianum ceſſat, ſoluta parte debiti 78
ſi creditor filium familias pro patre familias habuerit 80
obligationem filii familias non exſtinguit 81
vtile quoque eſt fideiuſſori 82
mi-

minime vero filio familias, liberato a patria potestate per dignitatem 83
non tollitur per renunciationem iuratam 83
Senatusconsultum Velleianum, eius renunciatio necessaria est in iurata confirmatione intercessionis 537
non opus est, vt iurato fiat, si pro extraneo intercessio suscipitur, 598
Sententia absolutoria liberat debitorem 710
secundum ius et acta est ferenda 769
si in illa fructus et summa litis sunt praeteriti, seperatim peti nequeunt 769
non debet remoueri a iudice, quae petita est ab extraneis dicasteriis, 776
Separati liberi, quatenus computandi sint in legitima 195
Seruitus est ius in re 116
potest fundo fructuario a proprietario imponi, licet haud consentiat vsufructuarius 145
voluptatis caussa solum constitui nequit, 149
ea potest dominus praedii dominantis vti eius ad recreationem 150
eius praescriptio adquisitiua iustum requirit titulum 175
perit solo non vsu 177
alternis mensibus; seu annis exercenda per viginti annos non vsu expirat 178
altius tollendi, eius natura atque indoles 169
discontinua longo tempore praescribitur, 176
oneris ferendi, in illa dominus praedii dominantis refectionem suscipere potest pacto 166
Sexus femininus non comprehendit masculinum 29
masculinus comprehendit femininum 29
Siluae circumseptae, quatenus comparandae sint cum stagnis 120
Societas vniuersalis tacito contrahitur consensu 653
in ea solum lata a sociis praestatur culpa 654
si vnus socius rem solum infert, solum quoque fert casum 656
non semper morte socii soluitur, qui heredi suo illius continuationem imperauit 657
eius naturae haud repugnat pactum, quod inaequalitatem lucri inter socios introduxit 658

Socius ex contractu a tertio eius cum socio inito conueniri nequit 655
ei exceptio diuisionis non est deneganda si cum sociis reliquis simul contraxit 658
habet beneficium competentiae 659
rem communem contra prohibitionem in melius mutare potest 672
Soror a fratre est dotanda 55
Sorores vnilaterales eius, cui exemplariter substituitur iplorum a nouerca; vel vitrico sunt substituendi 235
Sors, in eam imputatur, quod vsurarum nomine vltra modum legitimum est solutum 523
Sostrum medici aliis creditis in concursu creditorum praecedit 791
Specificatio quatenus adquisitio fit speciei 128
debet bona fide fieri, si quis per illam adquirere velit per illam dominium 129
iurata in locum inuentarii non succedit in detractione Falcidiae 266
Spectra eorum ob metum recedi potest a locatione conductione 641
Sponsa ei competit priuilegium dotis 41
ex illa nati ad successionem admittuntur, 375
Sponsalia eorum diuisio in sponsalia de praesenti et de futuro iure Romano non est fundata 38
conditio impossibilis illis adiecta, ea viciat 39
contra ea minor in integrum restituitur 42
siue sint pura siue conditionata 43
pura posteriora sponsalibus prioribus conditionatis haud sunt praefereuda 44
ex iis quoque ante biennium ad consummationem matrimonii agi potest 44
minores celebrant sine curatorum consensu 50
Spurii quomodo succedant 380
Stagna quatenus comparentur cum siluis circumseptis 120
nonnunquam erant circumsepta 121
Status imperii abrogare possunt ius Romanum 5
Stelionatus crimen non est famosum 693
Stipulatio non est contractus accessorius; neque aliam supponit obligationem 547
quatenus in fauorem alterius fieri possit 549

inter

inter praesentes per epistolam contrahi nequit 550
Stuprum non voluntarium est delictum capitale 694
Subconductor, eius illata non sunt tacite oppignerata primo locatori 430
Subhastatio non requiritur ad alienationem rerum pupillarium 104
in illa locum non habet remedium ex l. 2. C. *de resc. emt. vendit.* 608
in illa admittitur retractus 624
Substitutio
exemplaris vide *quasi-pupillaris*
militaris directa valet, licet vltra puberratis terminum extendatur 232
pupillaris, ei solum fieri potest, qui tempore testamenti aeque ac mortis patris eius patriae potestati subiectus fuit, 225 non fieri potest a matre 220. quaenam formula in ea est adhibenda, 227. expressa complectitur vulgarem tacitam 227. directa ad modum fideicommissi inflecti potest 228. per eam mater legitima priuari potest, 229. impugnari nequit querela inofficiosi 230. per eam auus et auia legitima priuari possunt 231
quasi pupillaris fieri potest a matre indistincte 233. haud fit exheredato 234. in illa non debet omnibus heredibus necessariis legitima relinqui 234. vitricus; vel nouerca fratres vnilaterales eius, cui substitutio fit, substituere debet 235. substituirus autem omnia lucratur bona 237
vulgaris quousque se extendat 217. euanescit, licet minor heres institutus contra hereditatis aditionem in integrum restituatur 222
vulgaris tacita comprehenditur substitutione pupillari 227
Substitutus excluditur ab heredibus instituti, intra annum ad deliberandum statutum mortui 216
ei praefertur pater instituti, vbi hereditatem repudiauerit 218
excludit heredes instituti suos, si hic hereditatem haud adiit 220
capit hereditatem, si posthumus est substitutus; neque hic nascitur, 221

Suburbium, in eo teſtamentum conditum haud condi poteſt, ſecundum priuilegium teſtamenti rûri conditi 333
Succeſſio ab inteſtato, illam locum habere, non probari poteſt, 375
adſcendentium, in ea diſcrimen bonorum non attenditur, 385 retinet pater vſumfructum eorum in bonorum parte, quae ad matrem deuoluuntur, 387
collateralium, ſi cum adſcendentibus concurrunt 388
coniugum 396
deſcendentium, ad illam admittuntur ex ſponſa nati, 375. ſtupro violento procreati 378. alii ſpurii 380
Sumtus
funeris omnibus aliis creditis in concurſu praecedunt 790. vtrum ſub iis quoque comprehendantur expenſae pro veſtibus lugubribus 792
litis ſeparatim repeti nequeunt, ſi praeteriti ſunt in ſententia definitiua 769. quatenus ad earum reſtitutionem victus ſit obligatus 770
etiam aduocatus honorarium, quod pro laboribus ſuſceptis alioquin ei competit poſcit a victo in lite, quam ipſe habuit 772
Suppellectilis, quatenus argentum alienum legati pignori datum, ſub ea legatum cenſeatur 240

T.

Terminus probatorius; quando currere incipiat ſi remedium contra ſententiam de probatione ſuſcipienda interpolitum hocque deſertum eſt 758
Teſtator non poteſt ordinarie remittere cautionem fructuariam 155
nonnunquam tamen id ipſi eſt licitum 166
Teſtamentarii teſtes non ſemper omnes intereſſe debent, ſi de probatione teſtamenti eſt ſermo 305
eorum ſubſcriptio ac ſubſignatio fieri quoque poteſt in teſtamenti inuolucro 306
Teſtamentum eius definitio recta in iure non datur 179
condi poteſt ab imperante, dispenſante principe 181
ab irato valide conditur 183
non condi poteſt a filiofamilias, licet pater conſentiat 183

non

non condi potest a prodigo 184
condit illud peregrinans secundum formam legibus praescriptam, 185
hocque etiam valet de bonis a.ibi fitis 187
est nullum, caussa exheredationis non expressa 213
sustineri nequit, solemnitatibus praescriptis haud observatis 283
principi per procuratorem offerri non potest 284
fieri tamen id debet in praesentia aliorum 282
iudici per procuratorem offerri non potest 290
insinuari potest iudici non sine actuario; nisi eius munia simul gerit 294
recipi potest ab actuario sine testibus, vel scabinis 294
illud aliter testator recipere non potest; quam sit rite involutum 295
coecus non potest esse testis in illo, 298
quatenus surdus testis in eo esse possit 299
potest testis in illo esse is, qui cum herede sanguinis vinculo est iunctus 300
frater heredis 301
et legatarius 303
subscriptio eius fieri debet ante illius subsignationem, 307
qui ad illud condendum coactus est, intestatus decedit 310
ad solam interrogationem alterius conditum non valet 310
eius actus interrumpitur indistincte contractu 311
noctu potest condi 312
in eo dies et consul adici debet, et praelegendum est testamentum, vbi coecus scriptum condit testamentum 313
plura in vno codice testamenta condi possunt 316
clausula codicillari sustinetur, si praeteritus in illo heres est necessarius, 352
rumpitur postumi natiuitate, si quoque sit imperfectus 351
sive sit suus; sive emancipatus 350
rumpitur in totum reuocatione, accedente decennio 353
non rumpitur eius repetitione, a iudice facta, 357
nec id fit, licet principi sit oblatum 359
destitutum in totum cernit 360

non eſt inofficioſum, in quo filius exheres ſcriptus eſt ex cauſſa non expreſſa 361
fratris prius haud eſt inofficioſum, quam ſi turpis perſona fratri germano praelata 362
fraterne, cui praefectus eſt, eſt prrſona honeſta 366
tunc uero reſcinditur totum teſtamentum 367
ac reſciſſio eius omnibus coheredibus eius, qui querelam inſtituit, prodeſt, 368
haud inſpiciendum eſt vbi de hereditate transigitur 485
myſticum valet, ſi eſt ſcriptum, haud vero, ſi eſt nuncapatiuum 308
nuncupatiuum, eius ad probationem haud requiritur, vt ſeptem teſtes adhuc ſuperſtites ſint, coram quibus condatur, 303. corruit per cancellationem inſtrumenti, ſuper eo confecti 354
parentum inter liberos, eo tutor dari non poteſt 91. conditur quoque a coeco 182. ſcriptum eſſe debet; nec valet, quod eorum duobus teſtibus nuncupatur 321. non poteſt condi a litterarum ignaro, 324. in eo tempus eſſe debet definitum, quo eſt conditum, 326. non poteſt condi inter liberos naturales 326. conditur inter nepotes, ſi eorum pater viuit, 328. valet, licet in poſſeſſione teſtatoris haud fuerit tempore mortis, 328 in eo non poteſt fieri eorum exheredatio 329. nec ea, quae ſit bona mente 330. quatenus valeat, ſi in eo legatum extraneo relictum 332. ſollemne prius per teſtamentum conditum poſterius minus ſolleinne rumpitur 326
peſtis tempore conditum quatenus neceſſe ſit, vt teſtator; vel alia perſona eius in aedibus habitans

tans; ea laboret 334.
durat in perpetuum 335
ruri conditum quoque eſt illud, quod facit nobilis vel parochus, vel ciuis ruri degens 333
Teſtis pubertati proximus eſſe poteſt 760
nec minus prodigus 761
non poteſt eſſe is, qui infamia iuris laborat 762
Theſaurus, eius dimidiam partem faber iure ſibi vindicat, qui illum fodiendo inuenit 124
cui competat, ſi in fundo dotali inuenitur, 125
ac ſi per artes illicitas eſt inuentus, 125
eius inuentio eſt modo occupatio; modo acceſſio 126
eum vſufructu ſibi non adquirit 152
Titulus iuſtus, eo praeditus eſſe debet b. f. poſſeſſor, ſi fructus lucrari redit 131
requiritur ad praeſcriptionem adquiſitiuam 176
Tractatus non ſunt pactum nudum 452
Traditio ad transferendum dominium eſt neceſſaria 136
fieri nequit, ſi vacua ſit poſſeſſio 136
ſi ea non eſt facta, recedere poſſunt partes ab emtione venditione 629
Tranſactio non eſt contractus innominatus, ſed pactum legitimum, 484
de hereditate fieri poteſt, licet tabulae teſtamenti non ſint inſpectae 485
ſit ob timorem litis 487
ſuper re iudicata, 488
iudicialis inuita non datur 489
de adulterio non eſt licita 488
reſcindi non poteſt ob enormem laeſionem 490
reſcinditur ob errorem, 493
Trebellianica ceſſat, non confecto inuentario 269
Tributa eorum ius praelationis 797
Tributa bellica ab vſufructuario ſunt ſoluenda, nili ſint immodica. 158

tor rem retinuerit ob pretium euictionis 603
nec vlla ex re vendita perceperit fructus 604
condictione indebiti quatenus sint petendae 673
morae ad eas pignus se extendit 435
vsurarum, ad eas tutor non est obligatus, 106. eas non petere potest cessionarius, licet vsurae nondum solutae sint 520
Vsufructuarius ferre debet seruitutem fundo fructuario a proprietario sine eius consensu impositam, 145
sibi non adquirit thesaurum 152. quasnam expensas re petat a proprietario 152
soluit tributa bellica; nisi sint immodica, 153
praestat iuratoriam cautionem, si eam per fideiussores praestare nequit 154
liber est a cautione, si vsumfructum in re donata sibi reseruauit 154
Vsusfructus eo pater per constitutionem curatoris non priuatur, 75
vestimentorum est vsusfructus verus 151
haud adimitur per prauationem administrationis 158
non finitur per cessionem eius, extraneo factam, 159
eius legatum haud vitiatur, si quoque testator vsufructuario cautionem iuratoriam remisit 160
per id non amittitur, quod quis eum solum pro parte exerceat 161
finitur ob abusum 161
eo finito fructus maturi ad dominum soli pertinent 162
rerum fungibilium differt a mutuo 164
ei, cui est legatus, sine restrictione est relinquendus, licet alteri fundus sit legatus, 255
Vulneratio quatenus per eam fera occupatur bestia 122
Vulneratus non potest quidquam petere ob dolores 697
Vxor repetit dotem suam ab obaerato marito 68
eamdem tamen restituere debet, si peruenit ad meliorem fortunam 68
quatenus obligetur, si cum marito principaliter se obligauerit 556

2511948 D

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by

Digitized by Google

Digitized by Google

B.5.1.408

Digitized by Google